Archiv
für die
civilistische Praxis.

Fünf und zwanzigster Band. Erstes Heft.

I.

Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten.

Von
Wächter.

(Fortsetzung.)

2. Princip des Schutzes wohlerworbener Rechte.

§. 14. Viele leiten die Anwendung der Gesetze fremder Staaten im Inlande aus dem Grundsatze her, daß wohlerworbene Rechte überall zu schützen seyen. Ein Recht daher, das im fremden Staate nach dessen Gesetzen erworben sey, müsse auch von unserem Staate nach dem Inhalt der Gesetze des fremden Staates anerkannt und geschützt werden. Auf diesen Grundsatz stützen Viele wenigstens die Entscheidung einzelner Fragen unserer Lehre, wie z. B. Cocceji [161], Glück [162], Eichhorn [163], Mittermaier [164], Maurenbrecher [165].

161) In der oben Not. 8 angef. Diss. Tit. VII. §. 5. S. oben Not. 101.

162) Pandect. Comm. B. I. S. 400, 401.

163) Einl. in d. deutsch. Privatr. 4te Ausg. S. 105, 106, 108.

164) S. unten §. 17.

165) S. oben §. 12 nach Note 145.

Andere stellen jenen Grundsatz geradezu an die Spitze der Lehre, wenn sie gleich neben ihm noch andere leitende Grundsätze annehmen, wie z. B. Titius [166]), Meier [167]), Tittmann [168]).

An sich ist der Grundsatz allerdings richtig, daß der Staat wohlerworbene Rechte achten und schützen soll. Allein zunächst geht diese Forderung doch nur an die Gesetzgebung, unter

166) Jus privat. Lib. I. cap. 10. Er geht bei der ganzen Lehre von folgenden Regeln aus: Nach den Gesetzen des Orts der Handlung ist überall zu entscheiden, wenn an dem Orte Einheimische oder Fremde über Verhältnisse etwas vornehmen, die dem Orte und der Willkühr der Handelnden unterworfen sind (man sollte hier blos an den Gegenstand von Dispositivgesetzen denken; allein Titius nimmt es anders, freilich auf eine willkührliche Weise und ohne consequent zu bleiben; s. dens. l. c. §. 16 sq.). Handelt aber Jemand von einem Orte aus in Beziehung auf auswärts gelegene Sachen: so gelten nicht die Gesetze des Orts der Handlung, sondern die der gelegenen Sache, außer so weit das Ausland aus Freundlichkeit jene Gesetze gelten läßt (l. c. §. 56. §. 9. sq.). Diese Regeln gründet Titius hauptsächlich auf das jus naturale (l. c. §. 7, 12, 22, 26) und namentlich auch auf den Grundsatz, daß wohlerworbene Rechte überall zu achten seyen (l. c. §. 10, 44.) — Allein, abgesehen von dem im Texte und unten §. 16 Bemerkten: so behandelt er seine Regeln in der Anwendung mit vieler Willkühr, bleibt sich nicht consequent, und zieht aus ihnen, da sie überhaupt (wie auch schon Alef D. de div. statutor. concurs. Cap. 1. §. 24. gegen ihn bemerkt) an sich gar nicht gehörig umfassend sind, und er doch nach ihnen alle Fälle entscheiden will, Folgerungen, die sich gar nicht aus ihnen ziehen lassen.

167) In der oben Not. 8. angef. Diss. de statutor. conflictu. Meier stimmt, großentheils wörtlich, mit Titius überein, und gibt blos eine weitere Ausführung dessen, was Titius sagt, indem er bemerkt: vestigiis hujus mei praeceptoris insistam, et juxta principia in colloquiis privatis, quae mihi cum tanto viro habere licuit, hausta thema pertractabo.

168) In der in Not. 8. angef. D. de competent. legum p 4 sq. Wenn er sagt: recepta est haec regula jure Rom., so ist dieß in Beziehung auf das Verhältniß zu fremden Staaten entschieden unrichtig, und die Stellen, welche er hiefür anführt (l. 8. pr. Mand. u. l. 2. §. 1. de hered. vend. !), gehören offenbar gar nicht hieher. — Dabei mischt Tittmann noch auf eine ganz unstatthafte Weise das Naturrecht ein; l. c. p. 12 sq. 17, 19, 38.

welcher und nach welcher man das Recht erwarb, und aus ihr folgt z. B. der Grundsatz der Nichtrückwirkung neuer Gesetze [169]. Sie (und somit auch der ihr unterworfene Richter) soll alle Rechte, die unter ihr [170]) oder in Uebereinstimmung mit ihren Grundsätzen gehörig erworben wurden, respectiren und schützen; sie soll namentlich durch neue Gesetze ein nach dem früheren, ebenfalls durch sie begründeten oder unter ihr entstandenen, Rechte wohlerworbenes Recht nicht kränken und beeinträchtigen. Allein gilt denn dieser Grundsatz auch so unbedingt im Verhältnisse der Gesetzgebung des einen Staates zu der Gesetzgebung eines anderen Staates? Kann man behaupten, das Recht, welches in dem einen Staate nach seinen Gesetzen erworben wurde, und das dieser als wohlerworbenes betrachtet und schützen muß, dieses Recht müsse eben deßhalb auch von anderen Staaten als wohlerworben betrachtet und geschützt werden? Muß sich ein Staat in der Bestimmung dessen, was wohlerwerbbare Rechte sind, den Anordnungen des dritten Staates, in welchem solche Rechte erworben sind, fügen? Man kann nur sagen: Weil im fremden Staate nach seinen Gesetzen ein Recht erworben wurde, muß er es auch schützen; aber keineswegs folgt: weil im fremden Staate ein Recht für erworben gilt, muß es auch in unserem Staate dafür gelten, muß auch unser Staat es schützen. Der große Sprung, den

---

169) Aus diesem argumentirt auch Tittmann l. c. p. 5; allein er beachtet nicht, daß dieser Grundsatz sich nur auf das Verhältniß der Gesetze eines und desselben Staates zu einander bezieht.

170) Deßhalb wird man diesen Grundsatz auch auf das Recht, das in verschiedenen Districten desselben Staates, die nur einer gesetzgebenden Gewalt unterworfen sind, gilt, anwenden müssen. Daraus ergibt sich aber auch, daß es ungeeignet ist, wenn die Meisten die Frage über das Verhältniß der Gesetze verschiedener Staaten zu einander auf die gleiche Weise beantworten wollen, wie die über das Verhältniß der Gesetze solcher Districte eines Staates zu einander. Vgl. auch Not. 208.

hier der Schluß macht, ist unverkennbar [171]. Daß unser Staat die Sache anders bestimmen kann, daß er bestimmen kann, ein im Auslande erworbenes Recht sey bei uns nicht zu respectiren und zu schützen, und daß dann sein Richter an diese Bestimmung gebunden ist, wird allgemein zugegeben (§. 2.), und schon darum muß jener Grundsatz ganz zurücktreten. Liegt nun aber nicht eine solche Bestimmung im Zweifel von selbst darin, daß unser Staat festsetzt, welche Rechte erwerbbar sind, und daß er zur Erwerbung dieser Rechte und zu seinem Rechtsschutze gewisse Bedingungen und Forderungen feststellt? Sind diese nicht erfüllt: so ist nach seinem Gesetze, sofern dieses nicht selbst eine Ausnahme macht, das Recht ein nicht erworbenes; ein wohlerworbenes Recht, das er zu schützen hätte, ist nicht vorhanden. Ueberhaupt dürfte es auf einer petitio principii beruhen, wenn man die Frage, ob unser Richter nach fremden Gesetzen in gewissen Fällen zu sprechen habe, nach dem Grundsatze entscheiden will, daß er wohlerworbene Rechte schützen müsse. Will man bei einem im Auslande begründeten Rechtsverhältnisse für das nach fremden Gesetzen erworbene Recht unbedingten Schutz auch im Inlande in Anspruch nehmen: so argumentirt man aus einer Prämisse, die noch gar nicht erwiesen ist, und setzt etwas voraus, was erst zu erweisen wäre, nämlich, daß jenes Rechtsverhältniß nach fremden und nicht nach einheimischen

---

171) Wenn Tittmann l. c. p. 7. meint, in einem solchen Falle gelte bei uns das fremde Gesetz nicht als Gesetz, sondern als Factum: so ist damit in der That das oben Gesagte nicht widerlegt. Ist denn unser Staat verbunden, ein solches Factum anzuerkennen? Zwar beschränkt Tittmann l. c. p. 9 seinen Grundsatz über den Schutz wohlerworbener Rechte auf eine Weise, die auf ein richtiges Resultat führen würde (auf das, was die Parthieen autonomisch festsetzen durften, s. unten §. 20). Allein theils durfte er dann jenen Grundsatz nicht an die Spitze der ganzen Lehre stellen, theils bleibt er jener Beschränkung gar nicht getreu; s. l. c. p. 14. 19. 20.

Gesetzen zu beurtheilen sey. Denn, wie schon Kori [172]) richtig bemerkt, die Frage, ob Jemand aus einer im Auslande vorgefallenen Handlung ein Recht erworben habe, und ob überhaupt ein erworbenes Recht vorhanden sey, hängt vor Allem davon ab, ob die Handlung nach ausländischen oder inländischen Gesetzen zu beurtheilen sey.

Wohin würde auch jenes Princip des wohlerworbenen Rechts, consequent durchgeführt, am Ende führen! In der That zu Grundsätzen, durch welche Freiheit und Selbstständigkeit der Gesetzgebung des Staates, gegenüber vom Auslande, ganz aufgehoben würde. Unser Staat müßte geradezu zugeben, daß seine Gesetze durch Gesetze des Auslandes gebrochen werden. Angenommen z. B. es ist durch unsre Gesetze unsern Bürgern verboten, auf fremde Gerichte zu prorogiren. Wenn nun ein im Auslande sich aufhaltender Bürger unseres Staates gegen dieses Verbot auf das ausländische Gericht prorogirt und verurtheilt wird: so hat der fremde Sieger nach dem Rechte des Ortes, wo geurtheilt wurde, allerdings ein wohlerworbenes Recht gegen ihn auf Vollziehung des Spruches, und der Richter jenes Ortes wird diesem Rechte gemäß gegen unsren Bürger verfahren. Allein ist jenes Recht nach unsren Gesetzen ein wohlerworbenes? Kann der Sieger bei uns eine rei jud. actio anstellen? Unmöglich kann unser Richter hier eine solche Klage zulassen. Denn sonst würde ja ein Gebot, das unsre Gesetze unsrem Bürger gerade für sein Verhältniß zum Auslande geben, für völlig unwirksam erklärt, und als gar nicht vorhanden behandelt. In jenem Falle ist vom Standpunkte unsres Staates aus ein wohlerworbenes Recht gar nicht vorhanden, eben weil nach seinen Gesetzen ein Recht aus jener Handlung gar nicht entstehen konnte. Aber eben daraus folgt auch, daß ein Recht, welches an einem gewissen Orte

---

172) Erörtt. Th. III. S. 3. Not. 4. a. E.

erworben wurde, blos und allein deßhalb bei uns noch keineswegs als ein wohlerworbenes gelten und den Schutz unsres Staates in Anspruch nehmen kann. Ueberhaupt kann ja leicht die Gesetzgebung eines fremden Staates Rechte anerkennen, die den sittlichen und religiösen Principien, den Begriffen von Recht und Gerechtigkeit und den Anforderungen der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit des Verkehrs und der Sorge für das öconomische Wohl der Bürger, auf welche die Gesetzgebung unseres Staates gebaut ist, geradezu widersprechen. Soll nun unser Staat solche Rechte, z. B. Sclaverei, Recht auf wucherliche Zinsen, auf Spielschulden ꝛc. anerkennen und schützen müssen, wenn und weil sie in jenem fremden Staate nach dessen Gesetzen wohlerworben wurden? Wirklich wird auch von denjenigen, welche von dem angeführten Grundsatze ganz oder theilweise ausgehen, derselbe in Rücksicht auf die bei uns geltenden gebietenden Gesetze meist auf eine Weise beschränkt, bei welcher der Grundsatz als zunächst entscheidender ganz zurücktritt, und die auf ein Resultat führen müßte, wie ich es oben §. 9 und 10 vertheidigte[173].

---

173) So folgert Tittmann l. c. p. 6. aus jenem Grundsatze die Vollstreckbarkeit fremder Urtheile bei uns, fügt aber bei: Si in qua re jura exterarum nationum non valent apud nos, nec rei judicatae ulla erit vis. Ebenso behauptet er, daß wucherliche Zinse, welche im Auslande gültig versprochen wurden, bei uns nicht eingeklagt werden können (vgl. l. c. p. 9. 19. vgl. auch dens. §. 18. bei Not. 37). Ebenso sagt Mittermaier a. a. O. §. 31. S. 110: „ein am Wohnorte der Bürger geltendes Prohibitivgesetz kann dadurch nicht unanwendbar werden, daß am Orte der Eingehung ein solches Gesetz nicht besteht.“ Auch Eichhorn sagt (a. a. O. S. 105.), daß wohlerworbene Rechte überall geschützt werden müssen, sobald nur deren Anerkennung keine verbietende Gesetze im Wege stehen. Ueber die richtige Restriction, welche Maurenbrecher dem Grundsatze gibt, wodurch aber der Grundsatz als zunächst entscheidender ganz aufgegeben wird, s. oben §. 12. — Auch diejenigen Neueren, welche die Anwendung des fremden Rechts bei uns aus andern Gründen in Folge der Regel: locus regit actum vertheidigen,

So kann daher das Princip des nothwendigen Schutzes wohlerworbener Rechte nicht an sich und nicht eher entscheiden, als bis und soweit es sich herausgestellt hat, daß das Gesetz des Staates, welchem der Richter angehört, das nach fremden Gesetzen erworbene Recht als ein in Gemäßheit dieser Gesetze erwerbbares und wohlerworbenes anerkannt. Ist der Fall ein solcher: so sind dann allerdings die dem fremden Gesetze gemäß erworbenen Rechte auch bei uns als wohlerworben zu schützen, und dieß selbst dann, wenn auch später die Parthieen ihren Wohnsitz ändern sollten. Wenn z. B. nach den Gesetzen des Landes A Schenkungen zwischen Ehegatten gültig, nach unsern Gesetzen aber ungültig sind, und ein Bürger jenes Landes schenkt seiner Frau eine Summe Geldes: so kann er das Geschenk, wenn er auch nachher seinen Wohnsitz ändert, und zu uns zieht, doch nicht vor unsren Gerichten angreifen, weil wir die Vermögensverhältnisse fremder Ehegatten nach den Gesetzen ihres Wohnortes beurtheilen [174]), also jene Frau durch die Schenkung auch nach unsren, hierin die Anwendbarkeit des fremden Rechts anerkennenden, Gesetzen ein Recht auf das Geschenk sofort erworben hatte [175]). Ebenso beurtheilen wir

---

fügen großentheils die Beschränkung bei, daß das fremde Gesetz nicht zur Anwendung komme, wenn es der öffentlichen Ordnung unseres Staates widerstreite, oder wenn unser Staat die nach dem fremden Gesetze erworbenen Rechte nicht dulde, oder überhaupt, wenn Prohibitivgesetze unseres Staates entgegenstehen; s z. B. v. Wenig Civilr. §. 22. a. E. Schweppe R. Privatr. B. I. S. 49. Mühlenbruch Pand. R. §. 72. No. 2.

174) Unten §. 25, 26.

175) Hier greift dann allerdings der Grundsatz des nothwendigen Schutzes wohlerworbener Rechte ein, aber nur als secundärer und unsrem Hauptgrundsatze (§. 9. 10.) untergeordneter. Zuerst ist zu ermitteln, ob die Schenkung, wenn sie sofort nach ihrer Vornahme vor unsren Gerichten zur Sprache gekommen seyn würde, nach dem fremden Rechte zu beurtheilen wäre. Hierüber entscheiden Inhalt, Geist und Richtung unsrer Gesetze. Ist hiernach jene Frage zu

die Handlungsfähigkeit des Fremden, der im Auslande handelt, nach dem Rechte seines Staates [176]; wenn daher eine Ausländerin für ihren Ehemann an ihrem Wohnort nach den Gesetzen desselben gültig eine Expromission vornimmt: so kann sie dieselbe bei uns nicht angreifen, sollte sie auch inzwischen zu uns gezogen, und es ihr nun nach unserem Rechte unmöglich seyn, eine solche Expromission gültig einzugehen [176a].

Wenn hiernach der Ort, wo ein Verhältniß begründet wurde, noch keineswegs an und für sich darüber entscheidet, ob das nach dessen Gesetzen erworbene Recht auch bei uns als ein wohlerworbenes zu gelten habe: so äußert doch dieser Ort — und ist dieß ein Punkt, in welchem Tittmann von der anderen Seite wieder fehlt — so zu sagen einen negativen Einfluß auf die Rechtserwerbung, der auch bei uns anzuerkennen ist. Wenn nämlich ein Act nach den Gesetzen des Orts, unter denen er geschlossen wurde, und denen die Partheieen sich unterwarfen [177] oder an und für sich unterworfen waren [177a], ungültig ist, also kein Recht daraus entstand: so kann aus demselben auch bei uns kein Recht anerkannt werden, sollten auch nach unsren Gesetzen an sich solche Acte gültig bei uns geschlossen werden können, und die Partheieen später ihren Wohnsitz in unser Land verlegen. Man

---

bejahen (wie sie es wirklich ist, s. Not. 174), ergibt sich also, daß unsre Gesetze das Recht als ein wohlerworbenes gelten lassen und anerkennen: so müssen sie es auch als solches selbst dann schützen, wenn es unter veränderten Verhältnissen später vor unsren Gerichten zur Sprache kommen sollte.

176) Unten §. 22. Aus diesem Grunde ist das Kieler Urtheil bei Brinkmann Rechtskunde ꝛc. B. 1. S. 10. richtig, während dasselbe aus einem viel zu allgemeinen Grundsatze (unten §. 22) argumentirte.

176 a) Von solchen Fällen gilt dann der Grundsatz der l. 85. §. 1. de Reg. Jur., weil unser Gesetz das semel utiliter constitutum anerkannte.

177) Vgl. unten §. 20, 21, 29.

177 a) Vgl. z. B. §. 29. Not. 398; auch §. 22. Not. 298, §. 26, 27.

nehme den Fall: ein Bayer contrahirt in Bayern mit einem Bayern; die Verpflichtung, die er übernahm, ist nach bayerischem Rechte ungültig, weil nach demselben er nicht fähig war, sich zu verpflichten, oder der Vertrag aus sonstigen Gründen ungültig ist. Wird später aus diesem Contract vor unsren Gerichten geklagt, weil der Contrahent zu uns auswanderte: so muß unser Richter jedenfalls die Klage abweisen, sollte auch ein Vertrag jener Art bei uns gültig geschlossen werden können. Denn was in seiner Entstehung ungültig war, kann durch eine bloße Veränderung des Orts nicht gültig werden, und unmöglich können unsre Gesetze wollen, daß aus einem ursprünglich nichtig abgeschlossenen Geschäfte nun deshalb eine Klage gegeben werde, weil, wenn es bei uns geschlossen worden wäre, eine Klage aus ihm gegeben worden seyn würde. Ebenso ist es z. B. bei Schenkungen zwischen Ehegatten; angenommen, nach den Gesetzen unsres Staates seyen sie gültig, nach den Gesetzen des Staates **B** ungültig, und ein dem letzteren Staate angehöriger Ehemann macht in demselben seiner Frau ein Geschenk: so ist dieses Geschenk selbst dann von unsrem Richter als ungültig zu behandeln, wenn auch später jene Gatten in unsren Staat ziehen sollten [178].

3. Princip des Unterworfenseyns des Unterthanen unter die Gesetze seines Wohnortes.

§. 15. In der neueren Zeit wurde, besonders von Eich-

178) Anderer Meinung ist Tittmann l. c. p. 17. in fin., §. 19 in fin., §. 26, wenigstens für den Fall, wenn nach den Gesetzen des Orts, wo gehandelt wurde, das Geschäft zwar ungültig, aber nicht verboten war. Allein er weiß sich dabei nur mit einem willkührlich angewendeten jus naturale zu helfen. Auch läßt sich eine solche Unterscheidung zwischen verbotenen und ungültigen Geschäften nicht rechtfertigen, wie in einer ähnlichen Beziehung schon oben Not. 159. gegen Kori bemerkt wurde. Was in Not. 159. gesagt ist, streitet nicht mit dem im Texte vertheidigten. Denn in dem dort bemerkten Falle waren die Partheien dem ausländischen Gesetze nicht unterworfen, noch wollten sie sich ihm unterwerfen.

horn [179]) und Mittermaier [180]) und nach ihnen auch von Anderen, z. B. von Schweppe, Göschen [181]), als leitender Grundsatz an die Spitze unserer Lehre gestellt: Jeder Unterthan wird in Rücksicht aller ihn betreffenden Rechtsverhältnisse nach den Gesetzen seines Wohnorts beurtheilt, weil er diesen zunächst unterworfen ist, und auch manche Aeltere folgerten wenigstens Einzelnes aus einem gleichen Grundsatze [182]).

Läßt man auch die Ausnahmen, mit welchen Eichhorn dieses Princip beschränkt, nicht außer Auge [183]), so dürfte doch dieses Princip, so ausgedrückt, theils zu weit führen, theils nicht ausreichen. Es ist richtig, daß die Rechtsordnung, der ich angehöre, mich im Zweifel überall hin begleitet, und ich sie überall, wie ich auch in Berührung mit ihr kommen mag, zu achten verbunden bin, d. h. ich bleibe

---

179) Einl. in das deutsche Privatrecht §. 34.

180) Vgl. unten §. 17.

181) Schweppe, Röm. Privatrecht §. 20 a. Göschen Vorlesungen B. I. S. 111.

182) Z. B. Böschen u. Hartleben s. unten §. 17. Auch Tittmann de competent. legum etc. p. 18, 37 ff. benützt diesen Grundsatz, freilich ohne zu erwägen, daß derselbe bei einiger Consequenz viel weiter führen würde, als Tittmann geht. Wenn aber Viele (z. B. Thibaut, Eichhorn, Mittermaier) für denselben Grundsatz auch Hert Sect. IV. §. 8. anführen: so ist dieß unrichtig. Denn so allgemein spricht Hert keineswegs. S. oben bei Not. 103.

183) Eichhorn sagt nämlich, eine Ausnahme trete ein, „wo entweder „vermöge der Natur der gesetzgebenden Gewalt die Unterwerfung „unter die Gesetze eines anderen Ortes nothwendig ist, oder eine „solche als freiwillig geschehen angenommen werden muß, und „dieser zugleich keine einheimische, die Autonomie beschränkende Ge„setze entgegenstehen.“ Die gleichen Ausnahmen macht Göschen a. a. O. Schweppe modificirt das Princip durch sechs allgemeine Sätze, die zum Theile ganz willkührlich und so schwankend sind, daß sie auf irgend eine befriedigende Entscheidung der Frage gar nicht führen können. Wirklich ist auch der Zusammenhang seiner allgemeinen Grundsätze im §. 20 a. mit seinen Entscheidungen der einzelnen Hauptfragen im §. 20 b. großentheils sehr lax und zum Theile gar nicht zu erkennen.

gegenüber von meinem Staate im Zweifel stets an seine Rechtsordnung gebunden. Der Richter wird daher im Zweifel bei Verhältnissen der Bürger seines Staates, sollten sie auch im Auslande begründet werden, oder mit Ausländern in Verbindung stehen, nach den Gesetzen seines Staates zu entscheiden haben. Soferne also vom Staate des Unterthanen und davon wie von diesem Staate die Verhältnisse der Unterthanen zu beurtheilen sind, die Rede ist, wird jener Grundsatz als Regel nicht zu bestreiten seyn. Allein in so ferne führt er eben auf das oben §. 9 und 10 von mir vertheidigte Resultat, und außerdem fragt es sich dann, welche Gesetze haben wir auf den Fremden anzuwenden, der mit unsren Bürgern in Verhältnisse kommt? Nach welchen Staatsgesetzen hat unser Richter fremde Unterthanen, die bei uns handeln, oder deren Verhältnisse sonst vor ihm zur Sprache kommen, zu behandeln? Entweder läßt jener Grundsatz diese Frage unbeantwortet, oder führt er, wenn man ihn auch hierauf anwenden will, consequent zu einer Entscheidung, welche die Vertheidiger des Princips selbst verwerfen. Wenn „jeder Unterthan in Rücksicht aller ihn betreffenden Rechtsverhältnisse nach den Gesetzen seines Wohnorts zu beurtheilen ist“: so müßte der Fremde bei uns und von unsren Richtern ebenfalls stets nach den Gesetzen seines Wohnorts beurtheilt werden; es müßte also unser Richter auf die Fremden die Gesetze ihres Wohnortes anwenden. Dieß würde rein auf das System der persönlichen Rechte (§. 7.) führen, das doch von den Vertheidigern jenes Princips verworfen wird. Will man aber diese Consequenz nicht zugeben: so kann man den Grundsatz, daß jeder Unterthan in Rücksicht aller ihn betreffenden Verhältnisse nach den Gesetzen seines Wohnorts zu beurtheilen sey, in dieser Allgemeinheit unmöglich an die Spitze der Lehre stellen. Und wenn man dieß nicht kann, nach welchem Grundsatze soll sich dann die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse Fremder bestimmen?

Wirklich argumentirt Eichhorn [184] selbst da, wo nach seinem Princip unbedingt das fremde Recht zur Anwendung kommen müßte (bei dem Status der Fremden), nicht aus diesem Princip, sondern aus dem, was die einheimischen Gesetze, die Gesetze des Staats, unter dem der erkennende Richter steht, ihrer Richtung und ihrem Geiste nach anerkennen [185], und kann auch bei anderen Beziehungen es nicht vermeiden, geradezu auf den Grundsatz, daß der Richter eben das Gesetz, dessen Schutz angerufen wird, also das Gesetz seines Landes anzuwenden habe, mehrfach zurückzukommen [186].

4. Verwechslung des legislativen Standpunktes mit dem richterlichen.

§. 16. Nicht Wenige von denjenigen, welche unsre Lehre und zwar in der Richtung bearbeiteten, daß sie das praktische, vom Richter zur Anwendung zu bringende, Recht geben wollen, vermischen den Standpunkt des Gesetzgebers mit dem des Richters und positiven Juristen. Sie argumentiren aus Principien, welche nur den Gesetzgeber leiten können (oben §. 2.), und wollen die angebliche Lücke der Gesetze nach Grundsätzen und aus Quellen ausfüllen, nach welchen und aus welchen der Richter die Lücken seines positiven Rechts nicht ergänzen darf. Einzelne Beispiele hiefür kamen schon oben vor. Namentlich gehört hierher, wenn man die Frage nach dem Naturrecht entscheiden will, wie dieß z. B. Titius und Meier [187], Weber [188], Tittmann [189] und Hartoch [190] großentheils thun, oder nach einer natürlichen Verpflichtung der Staaten gegen einander und dem, was der

184) Ueber Mittermaier's Ausführung vgl. unten §. 17.
185) Eichhorn a. a. O. §. 35. Nr. 1.
186) A. a. O. §. 36. S. 105. Not. f. S. 106. S. 107. Nr. 3.
187) S. oben Not. 167, 168.
188) Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 62, 95. S. auch unten §. 29.
189) Oben Not. 168.
190) In der Not. 9. c. C. angef. Diss p. 62 sq.

Sache am Angemessensten und den Bedürfnissen am Entsprechendsten ist, wie Pufendorf [190a]), oder wenn man dem Richter gestatten will, nach Rücksichten der Nützlichkeit, des Staatsinteresses, der Sicherheit des Verkehrs u. drgl. zu verfahren, wie z. B. zum Theile Stryck [191]), Huber [192]), Seeger [193]), auch wie es scheint Mittermaier [194]).

Allerdings kann die Frage, ob ein gewisses Gesetz auf Rücksichten der letzteren Art beruht, wichtig seyn für die Verbindungskraft des Gesetzes und den Umfang seiner Anwend-

---

190a) **Frid. Es. a Pufendorf Obſs. jur. univ. T. I. obs. XXVIII. §. VIII.**

191) **D. de jure Principis extra terr. Cap. III. nr. 9. 28. sq.**

192) **De conflictu legum** in s. **Prael. ad Pand. L. 1. Tit. 3.** im Anhang (s. ob. Not. 2). Huber stellt hier drei „**axiomata**" als entscheidend auf. **1. Leges cujusque imperii vim habent intra terminos ejusdem reip., omnesque ei subjectos obligant, nec ultra (per l. fin. de jurisd.); 2. pro subjectis imperio habendi sunt omnes qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum sive ad tempus ibi commorentur (per l. 7. §. 10. de interd. et releg. !); 3. rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi, intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur.** Das erste Axiom ist so verschiedendeutig, wie das: **Statuta territorium non egrediuntur.** In der Anwendung bestimmt er es näher, aber nicht ohne Willkühr, und nicht ohne in Conflict mit seinem zweiten Axiom zu kommen (vgl. l. c. no. 4. mit nr. 5, 13, 14). Das zweite ist das der temporären Unterthanschaft (s. auch dens. l. c. nr. 2, 4, 8, 9), von dem schon oben §. 11. bei Not. 117 f. näher die Rede war. Das dritte (von welchem er sagt, **ex quo liquet, hanc rem non ex simplici jure civili, sed ex commodis et tacito populorum consensu esse petendam**) ist als legislatives Princip richtig (oben §. 2.); allein Huber nimmt es als einen Grundsatz, nach welchem der Richter die Anwendung des fremden Rechts bald zulassen, bald ausschließen könne (l. c. nr. 4—8, 11, 13, 14). Auch mischt er da und dort noch andere Principien herein, die mit seinen 3 Axiomen sich nicht in Einklang bringen lassen, z. B. Nr. 13, 15.

193) S. oben Not. 105.

194) Deutsch. Privatr. §. 30. S. 108. Nr. 4; §. 31. Nr. 2. S. jedoch unten §. 17.

barkeit und um das zu ermessen, was in dieser Hinsicht seinem Sinn und Willen gemäß seyn mag; sie kann nach Umständen zur richtigen Interpretation des Gesetzes führen. Allein jene Rücksichten sind keine Momente, nach welchen der Richter und der Bearbeiter des positiven Rechts für sich und je nachdem er das Staasinteresse und die Anforderungen des Verkehrs auffaßt und beurtheilt, über die Anwendbarkeit des einheimischen oder fremden Rechts bestimmen kann. Denn dadurch würden Richter und Bearbeiter des positiven Rechts sich an die Stelle des Gesetzgebers setzen; sie würden dadurch ein Recht erst schaffen, was nur Sache des Gesetzgebers ist, und aus Gründen legislativer Politik entscheiden, die blos den Gesetzgeber, nicht aber den dem gegebenen Gesetze Unterworfenen leiten können.

Auf einen gleichen unstatthaften Boden dürfte sich hier Zachariä gestellt haben [195]. Er gibt zu, daß eine bestimmte und sichere Regel zur Entscheidung der Frage nur aus dem positiven Rechte, nur aus einem (Staats-) Vertrage oder aus einem Staatsgesetze entlehnt werden kann. Wenn er dann aber beim Mangel einer solchen die Sache direct entscheidenden Quelle am Ende die Frage mittelst eines Vergleiches zwischen den Ansprüchen der Gesetze verschiedener Staaten auf Geltung und Anwendbarkeit erledigen will, bei dem die Billigkeit den Ausschlag geben soll: so ist dieß doch in der That kein Grundsatz, an den der Richter sich halten und den dieser nach seinem subjectiven Erwägen geltend machen, sondern der nur den Gesetzgeber bei legislativer Erwägung der Frage leiten könnte. Wirklich sagt auch Zachariä (a. a. O. S. 101.) geradezu, daß bei der vorliegenden Frage unsre Richter das Amt des Gesetzgebers verwalten, und daß sie sich dabei besonders vor dem Fehler zu hüten hätten, ihre Entscheidungen aus allgemeinen

195) In Elwers Themis B. II. S. 98 f.

Regeln, statt aus der Beschaffenheit eines jeden einzelnen Falles abzuleiten. Allein, wollten hier unsere Gesetze und Gesetzgeber den Richter an die Stelle des Gesetzgebers setzen, so daß jedes einzelne Gericht bei der willkührlichsten Entscheidung sich darauf berufen könnte, daß es hier als Gesetzgeber, also ganz nach seiner subjectiven Ansicht über Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit, Billigkeit und Berücksichtigung freundnachbarlicher Verhältnisse zu entscheiden gehabt habe?

5. Theorieen, welche sich der oben §. 9 u. 10 vertheidigten nähern.

§. 17. Bei vielen der bisher angeführten Schriftsteller, welche ein anderes Princip, als das von mir oben §. 9 und 10 vertheidigte, zu Grunde legen, scheint doch der Gedanke im Hintergrunde zu liegen, daß sie da, wo unser Richter nach fremdem Rechte sprechen soll, die Nichtanwendung unsres Rechtes besonders rechtfertigen müssen, daß also dieses Recht, — das Recht des Staates, dem der entscheidende Richter angehört, — es eigentlich ist, das in der Regel und so lange zur Anwendung kommen müßte, bis eine besondere Ausnahme nachgewiesen ist. Auch kommen Manche zum Theile dahin, selbst da dem Rechte unseres Staates Anwendung einzuräumen, wo diese Anwendung mit ihrem Princip in Conflict kommt, oder aus der Richtung und dem Geiste unserer Gesetze für oder gegen die Anwendung des fremden Rechts zu argumentiren [195 a]).

Uebrigens sind es auch viele unter unseren deutschen Schriftstellern [196]), welche ein ähnliches Princip an die Spitze

195 a) Vgl. Not. 173.

196) Unter den niederländischen Schriftstellern kann man hierher Voët Comm. ad Pand. L. I. Tit. 4. Pars II. zählen. Er geht davon aus: In jedem Territorium könne nur das Gesetz des Territoriums herrschen und fremdes Gesetz weder mittelbar noch unmittelbar einwirken; der Richter habe nur nach den Gesetzen seines Territoriums zu sprechen; statuta territorium non egrediuntur, und dieß gelte nicht blos von den realia, sondern auch von den personalia

der Lehre stellen, wie dasjenige, welches ich oben §. 9 u. 10 vertheidigte. Nur scheinen sie mir in der näheren Bestimmung und in der Anwendung des Princips Manches vermissen zu lassen; auch gehen sie zu weit, bald in den Modificationen, durch die sie das Princip beschränken, bald von der andern Seite in der Ausschließung der Anwendung fremder Gesetze.

Zu denen, welche von dem richtigen Grundsatze bei der Erörterung der Frage wenigstens ausgehen, gehört unter den Aelteren besonders Mevius. Er sagt, zunächst sey bei unserer Lehre darauf zu sehen, was der Sinn des Statuts sey, unter welchem der erkennende Richter stehe; de qua voluntate si constat, haud opus erit conjectura [197].

---

und mixta (im alten Sinne). Unser Richter habe daher, wenn ein Verhältniß in Beziehung auf bei uns gelegene Sachen zur Sprache komme, Alles — auch die Frage, welchen status die betreffende Person habe, ob sie volljährig oder minderjährig sey, welche Rechte sie vermöge ihres Status ausüben könne ꝛc. lediglich nach unsren Gesetzen zu entscheiden, sowohl bei Verträgen (soweit es sich nicht von Dispositivgesetzen handle, von denen die Parthieen gültig abweichen können), als letzten Willen und Intestaterbfolge (l. c. nr. 5—9, 18—21); selbst bei auswärts gelegenen Sachen habe unser Richter wenigstens so weit möglich unser Recht zur Anwendung zu bringen (l. c. nr. 9.) Nach dem strengen Princip gelte alles dieses auch bei Mobilien und in Beziehung auf die Formen der Geschäfte, so daß z. B. ein über bei uns gelegene Sachen auswärts errichtetes Testament nach unsren Formen von unsrem Richter zu beurtheilen wäre (l. c. nr. 10—12). Allein in den beiden letzteren Beziehungen sey das strenge Princip durch ein Gewohnheitsrecht gemildert, vermöge dessen sich die verschiedenen Völker ex comitate Concessionen machen; nach diesem sey es zugelassen, bei Rechtsgeschäften die Formen des Orts der Errichtung gültig anzuwenden (l. c. nr. 13.), und sey bei Mobilien der Grundsatz angenommen, daß sie nach den Gesetzen des Wohnorts des Eigenthümers wenigstens „im Zweifel" zu beurtheilen seyen (l. c. nr. 12.). Den letzteren Grundsatz scheint er aber da nicht anzunehmen, wo am Ort der Lage der Mobilie ein Prohibitivgesetz besteht, und ihn überhaupt nur zuzulassen bei letztwilligen Verfügungen, Intestaterbfolge, Schenkungen unter Ehegatten „et aliis similibus", also in Fällen, wo es sich von Vermögensverhältnissen im Ganzen handelt (l. c. nr. 12, 13.).

197) Comm. in jus Lubec. Proleg. Qu. IV. nr. 26. sq. Aehnlich

Allein für den Fall, wenn diese **voluntas** zweifelhaft sey, unterscheidet er auf ungenaue Weise zwischen **statutum in rem** und **in personam conceptum**, will von Letzterem, ohne Gründe anzuführen, präsumiren, daß es die im Auslande befindlichen und handelnden Bürger in der Regel nicht binde [198], wird in der Anwendung dieses Unterschieds sehr schwankend und bleibt überhaupt seinem leitenden Grundsatze bei der Entscheidung der einzelnen Hauptfragen nicht getreu [199].

Von einem ähnlichen Grundsatze geht Böhmer [200] aus. Er geht von dem Princip aus: **efficacia statuti ad territorium statuentis restricta est**, und legt Dieses in Beziehung auf die **statuta personalia** (im alten Sinne) dahin aus, daß jeder Staat den Status einer Person und die Berechtigungen, die daraus fließen, wenn diese Frage in seinem Bereiche, sey es über Inländer oder Ausländer zur Sprache komme, blos nach seinen Gesetzen zu beurtheilen habe, somit der Richter fremde Gesetze nur dann anwenden dürfe, wenn dieß der Wille seines Gesetzgebers sey. Dieser Wille aber (daß der Richter den Inhalt des fremden Rechts anwende), führt er weiter aus und kommt dadurch in Unrichtiges, sey, wenn es sich von einem Ausländer oder auswärts geschlossenen Geschäften handle, zu präsumiren, sofern das einheimische Gesetz kein entschiedenes Verbot der Anwendung des fremden Rechts enthalte, im Zweifel also sey das fremde Recht anzuwenden. — Allein daß dieses zu präsumiren sey, dieß zu beweisen ist Böhmer nicht gelungen, und schon Hofacker [201]) führte gegen ihn zur Genüge aus,

---

auch Stryck D. de jure principis extra terr. Cap. III. nr. 50 sq. nr. 148 sq. nr. 166 sq.

198) L. cit. Qu. VI. nr. 4—8.

199) L. cit. Qu. VI. nr. 8, nr. 10 sq. Qu. IV. nr. 10 sq. nr. 29 sq. nr. 46 sq.

200) D. de efficacia statuti pers. etc, (oben Not. 8.) §. 1. VIII–X. XII. XIII.

201) D. de efficacia statutor. in res extra terr. sit. (oben Not. 8.) p. 39, 40.

daß eine solche Präsumtion sich nicht begründen lasse. Auch schwankt Böhmer in der Anwendung seiner Grundsätze auf einzelne Fälle [202]) und will am Ende die Anwendung fremder Statute theilweise davon abhängig machen, ob sie unsrem Staate ein Präjudicium zuziehen oder nicht.

Auch Böschen [203]) und nach ihm Hartleben [204]) gehen von dem richtigen Grundsatze aus, daß auf den Fremden, der sich bei uns, wenn auch nur vorübergehend, aufhält, in der Regel die Gesetze unsres Staates (auch in Beziehung auf Statusrechte) von unsrem Richter anzuwenden seyen, soweit nicht Sinn und Absicht unsrer Gesetze auf ein anderes Resultat führen, und daß wir ebenso auf unsre Unterthanen, selbst bei Handlungen, die sie im Auslande vornehmen, in der Regel unsre Gesetze anzuwenden haben, da das Band, das sie an unsre Rechtsordnung knüpft, sie überall hin begleite. — Allein in der Anwendung dieser Grundsätze bleibt Böschen nicht consequent, vernachläßigt auch die Frage, wie weit etwa Einzelnes durch Gewohnheitsrecht entschieden ist, und fehlt, wie auch Hartleben, der ihm hierin, wie überhaupt meist, folgt, außerdem besonders darin sehr, daß er eine mit seinen vorhin bemerkten Grundsätzen nicht zu vereinigende und auch an sich ganz irrige Theorie vom subditus temporarius aufstellt, die ihn zu entschieden falschen Folgerungen führt [205]).

---

202) Loc. cit. §. XIII. Auch schon dann, wenn von unsren Gesetzen ein Geschäft verboten sey, soll das fremde Statut bei uns nicht zur Anwendung kommen, somit das auswärts eingegangene, dort erlaubte Geschäft von unsrem Richter als ungültig behandelt werden (l. c. §. XII. XIII.). Dieß ist im Allgemeinen richtig; aber dabei läßt sich Böhmer's Präsumtion nicht halten.

203) D. de vi legum in subd. temp. (oben Not. 8) p. 15 sq.

204) Meditat. ad Pand. sp. IX. nr. 1 4

205) Er geht davon aus, daß ein Fremder, welcher in unsren Staat komme, durch stillschweigenden Vertrag subditus temporarius werde und den Gesetzen unsres Staates sich unterwerfe, ihnen aber auch nur in soweit unterworfen sey, als ein solcher stillschweigender Vertrag anzunehmen sey. Deshalb sey z. B. ein Fremder, der sich bei uns aufhalte, den Ausführungs-Verboten unsres Staates in der Regel nicht unterworfen,

Wie die bisher angeführten, so geht auch Hofacker[206] von dem Grundsatze aus, daß der Richter lediglich das Recht — fremdes oder einheimisches — zur Anwendung zu bringen habe, dessen Anwendung der Vorschrift und dem Willen seiner Landesgesetze gemäß sey, daß er daher fremdes Recht da nicht zur Anwendung bringen dürfe, wo diese Anwendung dem Sinn und der Absicht des betreffenden Landesgesetzes zuwider wäre. In dem Falle aber, wenn die Sache zweifelhaft sey, und aus Sinn und Absicht des betreffenden Gesetzes eine bestimmte Entscheidung sich nicht entnehmen lasse, — behauptet er weiter und kommt nun in Unrichtiges — müsse man die Frage, ob fremdes oder einheimisches Recht zur Anwendung komme, nach gemeinem, und zwar nach Römischem Rechte entscheiden. Zwar enthalte das Römische Recht blos Bestimmungen über das Verhältniß des Rechts verschiedener Provinzen eines und desselben Staats, welche lediglich unter einem Gesetzgeber stehen, zu einander; aber, fügt er bei, daraus, daß das Römische Recht bei uns als gemeines Recht gelte, sey zu schließen, daß unsre Gesetzgeber das, was das Römische Recht über das Verhältniß verschiedener Provinzen eines und desselben Herrschers zu einander bestimme, auf das Verhältniß ihres Staates zu anderen Staaten angewendet wissen wollen. Und dieß gelte nicht blos vom Verhältnisse verschiedener

---

seyen Feinde, Gefangene, Geißel, keine solche subditi temporarii etc. Diss. cit. §. I—III. XII. XVI. XXVII. Einer Widerlegung bedarf wohl diese Ansicht nicht. — Ueberhaupt ist Böschen's Schrift für das Privatrecht (sie beschäftigt sich größtentheils mit öffentlichem Rechte) ziemlich dürftig, und wenn auch B. in Einzelnem richtiger sah, als die meisten seiner Vorgänger: so möchte doch weder seine Diss., noch die von Seger (s. Nt. 105) die besondere Empfehlung verdienen, mit welcher Zachariä in Elwers Themis B. II. S. 118. sie auszeichnet.

206) In seinen Diss. de efficacia statutor. (oben Not. 8.) p. 29 sq. p. 40 sq. In seinen princip. jur. Rom. Germ. §. 137—147. dagegen folgt er, wie schon oben bemerkt wurde, beinahe durchaus den Ansichten von Hert.

deutschen Staaten zu einander, sondern auch vom Verhältnisse außerdeutscher Staaten zu deutschen, da bei uns der Fremde in der Regel dieselben Rechte genieße, wie der Einheimische [207]. — Allein von Anderem abgesehen, was gegen diesen Ausweg, durch welchen Hofacker **omnes scopulos evitari posse** glaubt, mit Grund eingewendet werden kann: so folgt aus der Gültigkeit des Römischen Rechts bei uns doch in der That keineswegs, daß wir Bestimmungen des Römischen über gewisse Verhältnisse geradezu auf ganz andere Verhältnisse anzuwenden haben. Aus der Reception des Römischen Rechts folgt für unsre Lehre, daß wir das, was das Römische Recht über die Anwendung ausländischen Rechts innerhalb des Römischen Staates bestimmt, bei uns hülfsweise anzuwenden haben, sofern die Prämissen, von denen das Römische Recht dabei ausgeht, bei uns noch gelten; keineswegs aber folgt aus jener Reception, daß wir das, was das Römische über die Anwendung des Rechts der einen Provinz in der anderen Provinz desselben Staates bestimmt, auf die Anwendung ausländischen Rechts in unsrem Staate — also auf eine wesentlich andre Frage anzuwenden haben! [208] Hofacker kommt auch

---

207) Bes. **Diss.** cit p. 40—47. Aus diesem Grundsatze folgert dann Hofacker l. c. p. 49 z. B. daß, wer im Auslande für infam erklärt ist, auch bei uns dafür gilt, daß ausländische Urtheile bei uns unbedingt zu vollziehen sind (weil das in der einen Römischen Provinz gefällte Urtheil in der anderen vollzogen werden muß). Vgl. auch bei Not. 209.

208) Allerdings bildeten — worauf sich aber Hofacker mit Recht nicht beruft — früher die verschiedenen Staaten des Deutschen Reichs zusammen wieder einen Staat. Allein jene Staaten standen doch in einem wesentlich anderen Verhältnisse, als die verschiedenen Provinzen und Bezirke eines lediglich unter Einem Herrscher und Gesetzgeber stehenden Staates. Jeder von jenen Staaten hatte, wenn er gleich unter der Reichsgesetzgebung stand, doch wieder seinen eigenen Gesetzgeber, und machte sich seit dem XVII. Jahrhundert namentlich im Privatrechte von der Reichsgesetzgebung beinahe ganz unabhängig. Auch behandelten sie sich unter einander in der

durch seinen Grundsatz auf Resultate, die mit dem, was bei uns wirklich gilt, auf's Entschiedenste im Widerspruch stehen, wie z. B. die Unterscheidung, die er zwischen Geschäften, deren Form nach dem **jus gentium** und solchen, deren Form nach dem **jus civile** zu beurtheilen sey, machen will, und die dem bestimmtesten bei uns bestehenden Gewohnheitsrechte widerstreitende Behauptung, daß bei Testamentsformen lediglich die am Wohnort des Testirers geltenden Gesetze entscheiden [209].

Einen ähnlichen Grundsatz, wie Böhmer scheint Hauß [210] zu vertheidigen. Allein, wenn auch einzelne richtige Gedanken in seiner Schrift sich finden: so scheint mir doch die ganze Ausführung eine gelungene nicht genannt werden zu können. Auch wurde Hauß durch das Bestreben, die Regel **locus regit actum** als eine völlig unnütze und meist ganz falsche [211] zu erweisen, zu Behauptungen im Einzelnen geführt, die weder irgend genügend von ihm gerechtfertigt wurden, noch überall zu rechtfertigen sind. Er stellt vier Principien auf [212], welche in unsrer Lehre maßgebend seyn sollen: a. „der Richter habe vor Allem den Willen der Partheieen zu erforschen und darauf zu sehen, was unter diesen vorging; b. wenn

---

Regel als Ausland, gerade wie jeden anderen zum Reiche nicht gehörigen Staat (vgl. auch oben §. 7. bei Not. 53). Und dann will ja Hofacker seinen Grundsatz auch auf das Verhältniß zu außerdeutschen Staaten anwenden!

209) Diss. cit. p. 63—65.

210) In der oben Not. 8. angef. D. de principiis, a quibus pendet legum sibi contrariar. auctoritas etc. Gott. 1834.

211) Er sagt p. 60: Die Regel sey ganz falsch, außer soweit die Partheieen sich den Gesetzen des Orts eines Vertrags unterworfen haben oder „si verbo actus ipsum de re aliqua judicium (prozessualisches Verfahren? s. p. 61) vel confirmationem judicialem, negotio alicui datam, intelligis, judex competens domesticas suas leges adhibeat" (sic.) Aber auch da, wo die Regel nicht falsch sey, sey sie doch völlig unnütz. Wie er dieß begründet, s. p. 61.

212) Loc. cit. p. 20, 22, 25, 26 und zusammengefaßt p. 62.

die Partheien nichts bestimmten oder das von ihnen Bestimmte die Grenzen der Autonomie überschreite: so habe unser Richter die Gesetze seines Staates anzuwenden. c. Wenn aber diese auf Fremde, die mit den Unsrigen prozessiren, sich nicht ausdrücklich beziehen: so müsse der Richter in subsidium auf die Landesgesetze des Fremden Rücksicht nehmen. d. Betrifft endlich der Prozeß, der vor unsrem Richter verhandelt wird, Sachen, die in fremdem territorium liegen: so habe der Richter in subsidium (?) die Gesetze des fremden Staats anzuwenden."

Allein die erste Regel, welche Hauß aufstellt, kann bei unsrer Frage nicht die erste seyn. Es muß ihr jedenfalls ein Grundsatz vorangehen, aus dem zu entnehmen ist, nach welchem Gesetze, ob nach dem fremden oder einheimischen, der Richter die Grenzen der Autonomie der Privaten zu ermessen hat [213]. Dieses Gesetz ist es dann vor Allem, auf das der Richter zu sehen hat, weil er nur nach ihm ermessen kann, ob der Autonomie überall im vorliegenden Falle Raum zu geben ist. Im Grunde gesteht dieß auch Hauß selbst nachher zu; denn unbeschränkt nahm auch er die Grenzen der Autonomie nicht, wie man aus seiner zweiten Regel sieht, wiewohl man es nach der Fassung der ersten Regel anders glauben sollte [214]. Seine zweite Regel scheint ihrer Fassung nach eigentlich keiner dritten und vierten Raum zu lassen. Denn wenn der Richter in Allem, wo die Autonomie der Privaten nicht auf gültige Weise thätig war, nach den Gesetzen seines Staats entscheiden soll: so bleibt der Anwendung eines fremden Gesetzes kein weiterer

213) Auch an anderen Stellen äußert sich Hauß über dieses Gesetz nicht mit der gehörigen Bestimmtheit; s. z. B. p. 21, p. 50.

214) Ueberhaupt ist die Fassung der Regeln etwas eigen. Daß die erste Regel doch nicht so gelten soll, wie sie lautet, sieht man aus der zweiten; daß es mit der zweiten keineswegs so gemeint ist, wie ihre Fassung mit sich bringen würde, sagt die dritte, und auch diese lautet so absolut, daß man die vierte nicht erwarten sollte.

Platz. Darauf geht auch die ganze Begründung dieser Regel, die er p. 22 f. gibt; namentlich sagt er, die naturalis ratio fordere, daß ein Richter die Prozesse nur nach den Gesetzen seines Staats entscheide. Allein aus der dritten und vierten Regel sieht man, daß es doch nicht so gemeint ist, daß vielmehr die zweite Regel nur das besagen soll, was Alle zugeben (oben §. 2), nämlich wo das einheimische Gesetz die Anwendung des fremden Rechts ausdrücklich vorschreibt, da müsse es der Richter anwenden. Die bestrittene und zweifelhafte Frage ist aber ja blos: nach welchem Recht hat der Richter zu entscheiden, wenn sich das einheimische Recht nicht ausdrücklich hierüber ausspricht? Für diese Frage gibt Hauß nun blos zwei Regeln, seine dritte und vierte. Allein abgesehen davon, daß diese Regeln die Frage nicht erschöpfen [215], so beruht die dritte auf derselben willführlichen Präsumtion, welche Böhmer (oben Not. 200) aufstellte. Denn, sagt Hauß p. 25: si nostrae leges ad peregrinos non pertinent, quod semper praesumendum est, nisi expresse de iis aliquid definiunt etc. Diese Präsumtion aber hat Hauß so wenig erwiesen, als Böhmer, ja nicht einmal versucht, nur Gründe für sie anzuführen. Ueberdieß bleibt er seinem Satze nicht einmal getreu. Denn wie soll man mit demselben z. B. vereinigen, wann er S. 60. Nr. 7. behauptet: wer aus irgend einem Geschäfte sich Rechte erwerben wolle, müsse bei der Errichtung des Geschäfts die Gesetze befolgen, unter deren Schutz er die Rechte ausüben wolle; denn kein Gesetzgeber

---

215) Wie soll das Verhältniß des Inländers, das im Inlande mit Ausländern oder im Auslande begründet wurde, beurtheilt werden? Hauß scheint es durchaus den gebietenden Gesetzen unseres Staates zu unterwerfen, so weit nicht die dritte Regel eingreift (l. c. p. 19. sq. 48. sq 56). Wie ist ferner ein Verhältniß zwischen Ausländern, welche verschiedenen Staaten angehören, zu beurtheilen? Ungenügend ist, was p. 50. nr. III. darüber gesagt ist.

werde Rechte schützen, die nicht auf die von ihm vorgeschriebene Weise erworben seyen?

Hiernach würde unser Gesetz, dessen Schutz angerufen wird, auch dann auf Fremde anzuwenden seyn, wenn es gleich nur vom Rechte an sich und dem Rechtsgeschäfte und gar nicht ausdrücklich vom Verhältnisse Fremder dabei spricht. Allein wie ist dieß mit jener Präsumtion zu vereinigen? und aus welcher von seinen 4 Regeln will dieß Hauß herleiten? Was endlich seine vierte Regel betrifft: so nimmt er von ihr die Mobilien aus; diese sollen, weil sie keine feste Lage haben, und weil daher aus der Anwendung der Gesetze ihrer Lage Rechtsunsicherheit entstehen würde, nach den Gesetzen des Wohnorts des Eigenthümers beurtheilt werden [216], eine Ansicht, gegen die das Nähere schon vorkam [217]. Bei Liegenschaften aber wendet er die vierte Regel in der Ausdehnung an, daß die Frage über das eheliche Güterverhältniß, über Form der Testamente [218], über ihre inneren Erforderniſſe, Erbeinsetzung, Pflichttheil ꝛc., über Intestaterbfolge sich nach Gesetzen des Orts der gelegenen Sache bei Liegenschaften [219] richten soll. Daß aber Hauß hier, von Anderem abgesehen [220], wie so viele Andere (§. 24) den Unterschied

216) Loc. cit. p. 26; so namentlich bei der Ersitzung und der Testaments- und Intestaterbfolge l. c. p. 34, 36, 57. Aber arrestirte Sachen sollen nach den Gesetzen des Orts, wo sie liegen, beurtheilt werden (l. c. p. 34). — Bekommen denn diese durch den Arrest eine bleibend feste Lage?

217) Oben §. 11.

218) Aber nur bei Privattestamenten nicht bei öffentlichen. Denn da die Gesetze den Bürgern **beinahe** immer gestatten, ein öffentliches Testament vor dem incompetenten Richter zu errichten: so — **autonomia civium in testamentis publicis condendis restricta non est!** l. c. p. 55. Richtig bemerkt er p. 56, daß Gesetze über wesentliche Formen eines Geschäfts Prohibitiv- (oder vielmehr Präceptiv-) Gesetze sind, und die Autonomie beschränken. Sind denn aber dieß die Gesetze über öffentliche Testamentsformen nicht auch?

219) Im Uebrigen, auch bei der Testamentsform (bei Privattestamenten) nach den Gesetzen des Wohnorts. Vgl. l. c. p. 56.

220) Manches von dem, was er sagt, weiß ich auch gar nicht zu ver-

zwischen Beurtheilung der Vermögensverhältnisse einer Person im Ganzen und der Frage über die Erfordernisse der Erwerbung eines dinglichen Rechts an einer einzelnen Sache gar nicht behörig beachtete [221], und daß er, was die Formen der Geschäfte, namentlich der Testamente, betrifft, das bei uns geltende Gewohnheitsrecht ganz vernachläßigt, wird unten (§. 24 f.) gezeigt werden.

Einen ähnlichen Grundsatz, wie den von mir oben §. 10 vertheidigten, scheinen, als einen in unsrer Lehre leitenden, unter den Neuern entschieden anzuerkennen Mittermaier, Kritz und Roßhirt. Von Kritz's Ansicht wird passender unten §. 20 die Rede seyn, da er mehr nur eine spezielle Seite der Lehre erörtert.

Mittermaier stellt in seinem deutschen Privatrechte [222] an die Spitze der Lehre den Grundsatz: „daß der Richter „eines Staates, dessen Rechtsschutz in einem „Streite angerufen wird, nur die Gesetze seines „Staats anzuwenden hat.“ Allein als eben so leitenden Grundsatz setzt er diesem an die Seite: „daß **jeder** Unterthan „in Bezug auf seine Rechtsverhältnisse nach den „Gesetzen seines Wohnorts zu beurtheilen sey.“ Nimmt man diesen zweiten Grundsatz blos in dem Sinne, daß unsre Richter unsre Unterthanen nach unsren Gesetzen

einigen, z. B. p. 31: „leges nostrae de peregrinorum bonis atque de juribus, in perpetuum inter eos obtinentibus, disponere nequeunt, quia peregrini subditi perpetui nostrae civitatis non sunt. Wie ist dieß mit der zweiten und vierten Regel und dem eben im Texte Angeführten zu vereinigen? Ferner heißt es p. 56.: das Princip: nemo pro parte testatus etc. sey in Deutschland nicht recipirt (?), dagegen p. 53. blos, es leide in Deutschland (nicht auch schon bei den Römern?) mehrere Ausnahmen.

221) Allerdings berührt er den Unterschied, indem er p. 36. gegen Mencken (unten §. 24) unter Anderem bemerkt: universitas juris cogitari nequit, nisi singulae res singulaque jura omnia — in una eademque civitate existant!

222) Fünfte Ausg. §. 30.

zu beurtheilen haben: so fällt er eben unter den ersten, und ist kein für sich bestehender (oben §. 15). Nimmt man ihn aber so allgemein, als er lautet: so führt er zu weit (oben §. 15), und dann weiß ich ihn namentlich mit dem andern Grundsatze gar nicht in Einklang zu bringen. Ist jeder Unterthan in seinen Rechtsverhältnissen nach den Gesetzen seines Wohnortes zu beurtheilen: so muß unser Richter den Ausländer nach ausländischem Rechte beurtheilen. Aber nach dem anderen Grundsatze soll ja unser Richter, wenn sein Schutz angerufen wird, **nur** die Gesetze seines Staates anwenden. Wie ist hier zu vermitteln? Ich finde dieß auch in der weiteren Ausführung nicht vermittelt [223]. Denn sie gibt

223) Theilweise von einem anderen Grundsatze scheint Mittermaier in der ob. Nt. 8. angf. Abhandlung in diesem Archive B. XIII. S. 297 f. auszugehen. Hier wird S. 297 behauptet, „daß jedes „Rechtsverhältniß nur nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen „ist, unter dessen Herrschaft es eingegangen ist.“ Dadurch würde ein völlig andres Princip an die Spitze gestellt. Allein nicht vereinbar scheint damit zu seyn, wenn ebendas. S. 306 f. behauptet wird, daß über die Klagbarkeit eines Verhältnisses das Gesetz, unter welchem der erkennende Richter stehe, entscheide, weil die Klagbarkeit mit der Frage zusammenhänge, wie weit dieses Gesetz gewissen Verhältnissen Schutz zu leihen verspreche, auch anzunehmen sey, daß das Gesetz aus Gründen des öffentlichen Wohls die Klagbarkeit abspreche, und diese Rücksichten durch Autonomie der Bürger nicht geändert werden können; ferner daß über die Klagenverjährung ebenfalls das Gesetz des Prozeßorts entscheide, „weil der Richter nur in so weit Schutz ertheilen könne, als das Gesetz, das ihn binde, gegeben habe.“ Wollte man aber diese Behauptungen, welche Mittermaier auch in s. Grunds. §. 31. Nr. 6—8, §. 321. aufstellt, mit jenem Princip dadurch vereinigen, daß man annimmt, bei der Klagbarkeit und Verjährung handle es sich blos von prozessualischen Gesetzen, (so scheint es Mittermaier zu nehmen): so würde dieser Annahme die von Kierulff gerügte Verwechslung (oben §. 10. a. E.) zu Grunde liegen. Auch sind die angeführten Gründe, auf welche Mittermaier die Behauptung stützt, daß der Richter über Klagbarkeit und Verjährung stets nach den Gesetzen seines Staates zu entscheiden habe, so allgemein gefaßt und so allgemeiner Natur, daß sie auch auf die „materielle Gültigkeit“ und Wirkung des Actes (so weit nicht

nur die Bemerkung, daß jene zwei Grundsätze durch 4 Momente Ausnahmen erhalten müssen [224], und dann die Entscheidung der einzelnen vorkommenden Hauptfragen. Allein diese wird meist ohne Anführung von Gründen gegeben, zeigt die Weise, wie jene Grundsätze vermittelt werden sollen, nicht, und dürfte eher neue Zweifel erregen, indem sie Entscheidungen gibt, die unter keinen von beiden Grundsätzen fallen [225], und die zum Theil unter sich wieder einer besonderen Vermittlung zu bedürfen scheinen [226].

Roßhirt sagt in seiner Zeitschrift [227]: „im Allgemeinen „werde der Gedanke entscheiden, daß, wenn Jemand berech-

---

dabei unsere Gesetze der Autonomie Raum geben) eben so sehr Anwendung leiden würden, bei einer consequenten Anwendung derselben aber jenes erstgenannte Princip nicht bestehen könnte.

224) Sie sind: daß ein völkerrechtliches Interesse den Schutz der unter der Herrschaft fremder Gesetze erworbenen Rechte fordere; daß im Auslande die Beobachtung der einheimischen Gesetze oft unmöglich sey; daß die Gesetzgebung die Autonomie der Bürger anerkennen müsse, daß aber dieß nicht so weit gehen dürfe, daß dadurch das Interesse des öffentlichen Rechts und die Ordnung des einheimischen Staates leiden würde. — Diese Momente sind theilweise richtig, aber nur, wenn sie blos zur Erklärung dessen, was unsre Gesetze wollen, und zur Auffindung ihrer Absicht (ob sie Anwendung des fremden Rechts wollen oder nicht) dienen sollen; allein dann bilden sie keine Ausnahmen von unserem Princip. Sollen sie aber Momente seyn, nach welchen der Richter lediglich nach seinem Ermessen zu entscheiden habe, ob das fremde Recht bald zur Anwendnng gebracht werden solle, bald nicht: so würde hier der Richter an die Stelle des Gesetzgebers gesetzt (s. §. 16).

225) Wie z. B. daß die Wirkungen der Rechtsgeschäfte und Verpflichtungen aus Delicte nach den statuta mixta zu entscheiden seyen. Dieß wird aus dem Not. 223 angef. Princip und aus dem ersten der in Not. 224 angef. Momente gefolgert. Allein abgesehen, daß es sich noch fragen dürfte, ob daraus bei Delicten dieses Resultat folgen würde (unten §. 28): so ist nicht erwiesen, daß unsre Gesetze jenes Princip anerkennen (vgl. §. 14), und dem Richter nicht gestattet, nach seinem Ermessen ein völkerrechtliches Interesse (ein blos legislatives Princip) geltend zu machen.

226) Vgl. z. B. oben Not. 431, 223 u. unten §. 22 Nr. 4. §. 29.

227) B. III. S. 333 (ob. Not. 8).

„tigt ist, bei einem Gerichte Recht zu suchen, er auch das „volle Recht, welches im Gerichte gilt, anzusprechen hat (vgl. „oben §. 7. Not. 53), so wie umgekehrt derjenige, „der sich dem Gerichte zu unterwerfen hat, nach „dem vollen Recht des Gerichts beurtheilt wird." Dieß haben, fügt er bei, die Neueren oft das Princip der Gerichtsterritorialität genannt [228]), und daher komme auch der Ausdruck forensis [229]). Auch bemerkt er in seinem Civilrechte [230]): „Alles sey darnach zu beurtheilen, welche „Gesetze verbinden das Gericht, vor welchem die Sache ver„handelt wird."

Hiernach scheint Roßhirt im Wesentlichen von demselben Grundsatze auszugehen, den ich vertheidige. Allein die weitere Ausführung in der Zeitschrift ist so unbestimmt gehalten, daß ich aus ihr ein sicheres Resultat über seine Ansicht nicht zu entnehmen weiß, und in seinem Civilrechte scheint er beinahe durchaus auf die Theorie der Personal-, Real- und gemischten Statute zu kommen, die mit jenen Prämissen

228) Ich erinnere mich nicht, bei den Neueren diesen Ausdruck gelesen zu haben. Maurenbrecher spricht von einem Princip der „Territorialität." Vgl. auch oben §. 7.

229) Daß daher der Ausdruck forensis (für Fremder) kommt, ist wohl unrichtig. Uebrigens änderte sich auch hier der Sprachgebrauch bei unsren Neueren auf ähnliche Weise, wie in dem oben bei Note 58 bemerkten Falle. Die Neueren sagen gewöhnlich, forensis heiße ein begüterter, eingesessener Fremder, das heißt ein solcher Fremder, der im Lande liegende Güter hat (z. B. Glück Pand. B. 1. S. 288. Mittermaier D. Privatr. §. 109, Eichhorn D. Privatr. §. 73). Allein den Aelteren, sowohl den Italienischen als den Deutschen Juristen bedeutete forensis jeden Fremden mag er bei uns Güter haben, oder nicht. Sie leiteten das Wort her von forius, forus (extraneus) einer, der von Außen her, aus der Fremde kommt. S. z. B. Mevius Comm. ad jus Lub. quaest. prael. IV. nr. 1. sq. und die dort Citirten. Den gleichen Sprachgebrauch haben z. B. noch Hert l. c. Sect. IV. §. 4. Riccius von Stadtges. S. 516.

230) Gemeines deutsches Civilr. Th. I. 1840. S. 7, 8.

nicht zu vereinigen seyn dürfte. Denn er sagt dort namentlich: a. „daß die Bürger in Hinsicht ihrer **personalia et actus** (**et actus**?) den Statuten ihres Wohnorts, b. daß Liegenschaften der Auctorität des Gerichts, in welchem sie liegen, unterworfen sind, bei Mobilien aber Alles nach den Gesetzen der Person zu beurtheilen bleibt" (vgl. oben Not. 132), c. „einzelne Handlungen für sich gewöhnlich der Herrschaft des Orts ihrer Vornahme unterworfen sind" [231]), daß d. „die Lehre vom Vermögen im Zweifel nach den Gesetzen geht, wo die Person wohnt" [231 a]), e. „bei Verhältnissen des **commercii mortis causa** aber allein der Grundsatz des Rechts gilt, nach welchem der **testator** testirt" [232]).

§. 18. Unter denen, welche das richtige Princip an die Spitze der Lehre stellen, geht Malblanc in Ausschließung der Berücksichtigung fremder Gesetze am weitesten [233]). Er

231) Roßhirt fügt hier bei: „und es kommt sehr darauf an, ob nicht an einem anderen Orte etwas vorgenommen werden kann, wo die Gesetze dieses Ortes gelten." Wie ist dieß zu nehmen?

231 a) Vgl. unten §. 24, 25.

232) Auch über den Sinn dieses Satzes bin ich nicht sicher. Das Recht „nach welchem der Testator testirt", würde, wörtlich genommen, das Recht heißen, nach welchem der Testator sich eben wirklich bei seinem Testamente richtete. Soll hier jedes Recht, das er beliebig wählte, entscheiden? Oder ist der Ort gemeint, wo er testirte? oder das Domicil, dem er angehört. Allein dann wäre dieses Recht nicht das, nach welchem der Testator testirte, sobald derselbe seinen Act nach einem anderen Rechte einrichtete.

233) Auch Alef, der hierin sehr weit zu gehen scheint (ganz klar und umfassend spricht er sich nicht aus), kann hier noch angeführt werden. Er geht in s. **Diss. de divers. stat. concursu** (ob. Not. 8) **Cap. II.** von folgenden Grundsätzen aus: a) alle **statuta** sind blos **personalia**; denn die Gesetze können sich blos auf Menschen, nicht auf vernunftlose Wesen beziehen; b) kein Gesetz wirkt über die Grenzen seines Territoriums (**l. fin. de jurisd.** s. ob. §. 5); c) juristisches Leben zieht der Mensch blos aus dem Gesetz, unter welchem er steht (welches ist dieses?), und ein Rechtsact bekommt solches Leben nur durch ein Gesetz, das es ihm einflößt (daraus folge, sagt Alef, daß jeder Bürger im Verhältniß zu auswärtigen Staaten — für tod

geht (princ. jur. R. §. 64—66) von dem Grundsatze aus: der Richter habe auf das vor ihn gebrachte Verhältniß in allen Beziehungen lediglich nur die Gesetze seines Staates anzuwenden, weil statuta territorium non egrediuntur, und gibt nur bei den Formen der Geschäfte eine Ausnahme zu. Hiernach habe in Beziehung auf statuta personalia (im alten Sinne) unser Richter nicht blos unsere Unterthanen, wenn sie auch auswärts handeln, sondern auch Fremde in Beziehung auf Sachen, die bei uns liegen, oder wenn sie bei uns handeln (ob auch, wenn sie auswärts handelten, und das Geschäft bei uns zur Sprache kommt, aber bei uns liegende Sachen nicht betrifft, darüber sagt Malblanc nichts), nach unseren Gesetzen zu beurtheilen, z. B. die Frage, ob ein Fremder, der bei uns contrahirt, für volljährig gelte [234]. Dasselbe gelte bei den stat. realia. Der Richter der gelegenen Sache habe bei Immobilien, der Richter des Wohn-

gelte!); d) die Gesetze des einen Staats dürfen von den Unterthanen des andern Staats nicht verletzt werden (allerdings — vom Standpunkt jenes Staates aus); e) bei jedem Rechtsact kommen blos (??) zwei Punkte in Betracht, Form und Fähigkeit der Person. Hiernach brauche es bei unsrer Lehre blos einer Regel für diese und jene (l. c. §. 27—31). Und nun gibt er diese Regeln und zwar 1) bei der Form (wie es scheint, denn er ist hier sehr unbestimmt) dahin, daß der Richter das Statut seines Landes anzuwenden, also ein auswärts nach auswärtigen Formen errichtetes Testament nach den Gesetzen des Inlandes zu beurtheilen habe (l. c. §. 45). 2) bei der Fähigkeit des Contrahenten oder Disponenten „praevalet statutum, quod actui resistit." Wer daher nach den statuta domicilii fähig sey, aber nicht nach den Statuten des Orts, wo die Handlung ihre Wirksamkeit äußern soll, dessen Handlung sey am letzteren Orte ungültig; wer aber nach den Statuten seines Wohnorts unfähig sey, der sey es überall; in diesem Falle wirke das Statut auch auswärts (l. c. §. 32 sq.). — Alef meint, man werde ihm einwenden, das Letztere widerspreche seiner eigenen Prämisse. Allein, sagt er, so gut derjenige, welchem unser Richter die Augen ausgestochen habe, überall blind sey, so gut müsse der, den das Gesetz seines Wohnorts für unfähig erkläre, es überall seyn, quia nihil est, quod vitam inspiret!!

234) Princ. jur. R. §. 64.

orts habe bei Mobilien stets nur die Gesetze seines Staats anzuwenden [235] (wie der Richter der gelegenen Sache bei Mobilien zu erkennen habe, wenn vor ihn der Prozeß kommt, sagt Malblanc wieder nicht); ja der Richter des Wohnorts könne [236] selbst auf auswärts gelegene Immobilien die Gesetze seines Staats anwenden, z. B. bei der Intestaterbfolge, wenn nur in einem solchen Falle die Execution durchführbar sey [237]. Dasselbe endlich müßte auch, streng genommen, in Beziehung auf die Formen eines Geschäfts (**statuta mixta**) gelten und der Richter des Wohnorts oder der gelegenen Sache wäre daher nicht verbunden, ein auswärts nach auswärtigem Rechte gültig — nach seinem Rechte ungültig errichtetes Geschäft für gültig zu erklären; allein hier lasse das deutsche Gewohnheitsrecht die Errichtung des Geschäfts nach auswärtigen Formen zu, außer so weit die Gesetze des Orts der gelegenen Sache für Veräußerung und Verpfändung von Liegenschaften gewisse Förmlichkeiten unbedingt vorschreiben [238].

---

235) Malblanc l. c. §. 65. beruft sich auf diejenigen Schriftsteller, welche durchaus die Mobilien nach den Gesetzen des Wohnortes beurtheilen wollen, und bemerkt, daß die Mobilien am Wohnort sita finguntur. Allein er sagt doch nur, daß judex *domicilii* das Verhältniß ex statutis suis beurtheile. Jene aber, welche er citirt, sagen, daß auch der Richter des Orts, wo die Sachen wirklich liegen, wenn vor ihm prozessirt wird, nicht ex statutis suis, sondern ex statutis domicilii domini zu urtheilen habe, und so sagen sie zum Theile etwas Anderes, als wofür sie Malblanc citirt. Vgl. auch Not. 237.

236) Könne blos? Dadurch meint Malblanc die Ansicht derjenigen, welche die Erbfolge auch bei Immobilien blos nach dem Recht des Wohnorts entscheiden wollen, cum priori sententia (Nt. 235) zu vereinigen. Daß dieß aber keine Vereinigung ist, ist klar. Denn jene wollen ja, daß auch der Richter der gelegenen Sache nach den Statuten des Wohnorts des auswärtigen Erblassers entscheide.

237) Also geht Malblanc eben davon aus, daß auch bei Sachen der erkennende Richter stets nach seinen Gesetzen zu entscheiden habe.

238) Loc. cit. §. 66.

Der Art und Weise, wie hier Malblanc das richtige, von ihm übrigens nicht näher begründete, Princip durchführt und anwendet, ist meiner Meinung nach in mehrfachen Beziehungen nicht beizustimmen, wie unten näher zu zeigen seyn wird. Malblanc geht, wie auch schon vor ihm Andere, einseitig blos davon aus, was der Staat kann, und beachtet zu wenig, was er will. Allerdings kann der Staat festsetzen, daß alle mit dem Auslande in Beziehung stehende Verhältnisse blos nach seinen Gesetzen von seinen Richtern entschieden werden und die Gesetze des Auslandes ausgeschlossen seyn sollen, und im Zweifel ist dieß als sein Wille anzunehmen (§. 10). Allein in vielen Fällen wird er dieß nicht wollen, und um dieses zu finden, ist zunächst Inhalt, Geist und Richtung des, das in Frage stehende Rechtsverhältniß an sich betreffenden, Gesetzes näher ins Auge zu fassen (§. 9). —

Erst nachdem meine ganze Abhandlung über die Collision der Rechte verschiedener Staaten geschrieben und die hier abgedruckte Fortsetzung derselben in die Druckerei abgesendet war, kam mir die neueste Monographie über diese Lehre — Wilh. Schäffner Entwickelung des internationalen Privatrechts. Frkf. 1841 (213 SS.) 8. — zu. Obgleich einige einzelne Fragen in dieser fleißigen Schrift gut ausgeführt und im Resultate richtig beantwortet sind: so dürfte doch durch dieselbe die wichtige Lehre im Ganzen nicht weiter gefördert erscheinen. Der Verfasser sagt in Beziehung auf das leitende Princip S. 40: „In Ermanglung positiver Gesetze kann nur die Natur der Sache entscheiden. Und daher entspricht gewiß (?) folgender Grundsatz: jedes Rechtsverhältniß ist nach den Gesetzen desjenigen Orts zu beurtheilen, wo es existent geworden ist. Hierin liegt zugleich die Rücksicht auf diejenigen Gesetze, deren ganzer Inhalt dahin geht, ein Rechtsverhältniß nur dann als solches anzuerkennen, wann es ihnen gemäß.“

Zu beweisen sucht der Verfasser dieses Princip nicht;

er postulirt es lediglich, und so überhebt er eigentlich von selbst einer Widerlegung desselben. Wollte man aber auch hiervon absehen: so ist jenes Princip so vieldeutig und schwankend, daß der Verfasser selbst — der übrigens eine nähere Bestimmung desselben im Allgemeinen nicht gibt — bei einzelnen Fällen gestehen muß, daß es nicht ausreicht, und bei Entscheidung der einzelnen Fragen in der Anwendung und Deutung desselben mit vieler Willkühr und nicht consequent verfährt (man vergleiche nur S. 40—42, 50 f., S. 92 f.). Auch mischt er ein zweites Princip noch ein, das mit seinem Hauptprincip (auf den Ort der Existentwerdung des Rechtsverhältnisses zu sehen) nicht im Einklang steht, übrigens aber auf das von mir oben vertheidigte Princip führen würde. Endlich trennt er bei seiner Unterscheidung universeller Gewohnheiten („die bei allen civilisirten Völkern anerkannt stehen") und particulärer (zu denen er auch unsre gemeinrechtlichen zählt) das juristisch Gemeine vom blos historisch Gemeinen nicht gehörig, und kommt dadurch zu einer Beachtung ausländischer Praxis und Rechtsansichten, namentlich der Englischen und Nordamerikanischen, die zwar an sich interessant ist, aber in der Weise, wie der Verfasser bei ihr verfährt (z. B. S. 126 ff., S. 153 ff.), für eine Schrift, wenn sie das bei uns in Deutschland geltende positive Recht darstellen soll, ganz ungeeignet ist.

V. Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die wichtigsten einzelnen Fälle und Fragen.

§. 19. Es ist nun noch zu zeigen, auf welche Resultate die oben §. 9, 10 entwickelten Principien und der gemeinrechtliche Grundsatz, daß Fremde von dem, was unser Privatrecht einräumt, in der Regel nicht ausgeschlossen sind [239], in den wichtigsten einzelnen Privatrechtsverhält-

239) Oben Not. 53. Dieser Grundsatz, daß Fremde von den Rechten, die

nissen führen. Dieses Eingehen auf das Einzelne ist auch unerläßlich, um den Stand unsrer Doctrin vollkommen übersehen, und sie gehörig beurtheilen zu können. Namentlich gehen bei unsrer Lehre Manche nicht von einem leitenden Princip aus, sondern entscheiden die einzelnen Hauptfälle je aus besonderen Argumenten; Andere, welche einen anderen Weg einschlagen, machen von ihrem Princip bei der Anwendung auf das Einzelne meist eine Menge von Ausnahmen. Auch ist, wenn man selbst über das Princip einig ist, die Art und Weise, wie es sich auf die einzelnen Hauptfragen äußert, nicht immer außer Zweifel. Endlich greifen bei einzelnen Fragen bestimmte Entscheidungen unsres gemeinen Rechts ein (z. B. §. 20, 26, 29), auf welche oben bei der Erörterung des Princips noch nicht näher eingegangen werden konnte.

---

unser Privatrecht gewährt, in der Regel nicht ausgeschlossen sind (so weit es sich nicht von einer Retorsion handelt), bildet einen wesentlichen Bestandtheil unsrer Lehre. Denn ohne ihn müßten sich die Grundsätze derselben zum großen Theile anders gestalten. Es ist daher wohl nicht zu billigen, wenn häufig in unseren civilrechtlichen Systemen nicht bei unserer Lehre, sondern erst im Personenrecht jener Grundsatz berührt wird. — Außerdem ist an vielen Systemen noch auszustellen, daß sie die Frage, auf welche Personen und Verhältnisse unsre Gesetze sich erstrecken und anzuwenden sind, ganz trennen von der Frage über die s. g. Collision der Gesetze verschiedener Staaten, und beides an ganz verschiedenen Orten entwickeln. Denn die s. g. Lehre von der Collision der Gesetze versch. Staaten ist nichts Anderes, als ein Theil der Lehre von der Anwendung der Gesetze, da sie blos die Fragen beantwortet, ob und in wie weit unsere Gesetze auch auf Handlungen unserer Bürger, die sie im Auslande vornehmen, auf ihre im Auslande gelegenen Sachen, und auf Ausländer und deren Verhältnisse anzuwenden sind, oder ob und in wie weit hier unser Richter andere Gesetze in Anwendung zu bringen hat. Durch die Trennung der Frage über die s. g. Collision der Gesetze versch. Staaten von der Lehre von der Anwendung und Verbindungskraft der Gesetze kamen Manche auch dahin, die Grundsätze über die Verbindungskraft unsrer Gesetze auf eine Weise zu bestimmen, die mit ihren später vorgetragenen Grundsätzen über die Collision der Gesetze zum Theile geradezu im Widerspruche steht. Man vergleiche nur z. B. Thibaut Pandectenr. §. 17. mit §. 38, Schweppe Röm. Privatrecht §. 6. mit §. 20 a. und 20 b.

Es kommen hier hauptsächlich folgende Fälle und Fragen in Betracht:

A. Unterwerfung unter fremde Gesetze durch Autonomie.

§. 20. Nach dem oben Ausgeführten hat der Richter das Recht seines Staates zur Anwendung zu bringen, soweit es nicht durch ausdrückliche Bestimmung oder nach seiner Richtung und seinem Geiste die Anwendung fremden Rechts vorschreibt oder zuläßt. Letzteres — und dieß ist zunächst herauszuheben — ist allgemein der Fall in allen Beziehungen, welche der Autonomie der Privaten überlassen sind, bei den über Inhalt und Folgen eines Rechtsgeschäfts sich verbreitenden s. g. dispositiven oder hypothetischen (blos ergänzenden) Gesetzen. So gut und so weit in solchen Punkten die Betheiligten überhaupt willkührliche Bestimmungen treffen können: so gut und so weit können sie festsetzen, daß in ihnen der Inhalt eines fremden Rechts zur Anwendung kommen solle. Es hat daher bei solchen Punkten der Richter stets zuerst darauf zu achten, nach welchem Dispositivgesetz die Partheien das in Frage stehende Verhältniß ergänzt haben wollen.

Dieser Grundsatz ist nicht bestritten. Nur wird er nicht immer auf die gehörige Weise, namentlich von den Aelteren [240], herausgehoben. In seiner Anwendung aber entsteht die in manchen Fällen zweifelhafte und bestrittene Frage: wenn die Partheien über das Dispositivgesetz, welches bei ihrem Geschäfte zur Anwendung kommen soll, sich nicht erklärten, wie ist hier ihrem wahrscheinlichen Willen gemäß zu entscheiden? Nach welchen Ortes oder welchen Staates

240) Unter den Aelteren macht besonders Voet auf ihn aufmerksam; nur gibt er dabei eine unrichtige Entscheidung (Not. 247). Die Neueren heben ihn mehr heraus, besonders nach Eichhorns Vorgang. Nur rechnen Manche zu dem Kreise der Dispositivgesetze und zu dem von der Autonomie der Partheien Abhängigen Punkte, welche entschieden nicht hieher gehören, z. B. die wesentliche äußere Form eines Geschäfts. Vgl. unten Not. 400.

Dispositivgesetzen sind die Lücken ihres Geschäftes im **Zweifel** zu ergänzen?

Das Römische Recht enthält über diese Frage eine ausdrückliche Entscheidung. Zwar bezieht sie sich zunächst nur auf das Verhältniß des Rechts verschiedener Provinzen desselben Staates. Allein hier, wo es sich blos von dem handelt, was die Parthieen autonomisch ergänzen können, ist es gleichgültig, ob vom Rechte verschiedener Provinzen desselben Staates oder vom Rechte verschiedener Staaten die Rede ist, indem, wenn unser Gesetz einen Punkt der autonomischen Bestimmung der Parthieen überläßt, es ihm indifferent ist, ob die Parthieen ihn aus dem Rechte einer anderen Provinz oder eines anderen Staates ergänzen, da sie ihn ja ganz nach ihrer Willkühr ergänzen können. Was daher unser gemeines Recht in dieser Hinsicht für verschiedene Provinzen desselben Staates festsetzt, muß hier auch für das Verhältniß des Inlandes zum Auslande gelten. Dieß wurde auch meines Wissens noch nie in Abrede gezogen. Darüber aber, wie weit bei einem Rechtsverhältnisse die Autonomie der Parthieen gehen kann, was bei demselben in den Bereich des blos Dispositiven gehört, kann natürlich nur das Gesetz des Staates entscheiden, unter dessen gebietenden Normen das Rechtsverhältniß steht [241]. Unser Richter hat daher über die Grenzen der Autonomie im Zweifel nach unsren Gesetzen zu entscheiden (§. 10). Da aber, wo er nach dem Sinne unsrer Gesetze ein Rechtsverhältniß lediglich nach fremdem Recht zu beurtheilen hat, wie z. B. die ehelichen Güterverhältnisse der Ausländer (§. 25, 26) oder die Erwerbung ausländischer Immobilien (§. 27) oder den Inhalt des Testaments eines Ausländers (§. 26), hat er die Frage, in wie weit bei solchen Verhältnissen die Parthieen autonomische Bestimmungen treffen dürfen, nach dem ausländischen Gesetze zu entscheiden.

241) So nimmt es wohl auch Eichhorn D. Privatr. 4. Ausg. S. 109. — Die Meisten übergehen diese Frage.

Was nun die oben aufgeworfene Frage betrifft — nach welchen Staates Dispositivgesetzen sind die Lücken eines Rechtsgeschäftes zu ergänzen, wenn die Partheien sich hierüber nicht bestimmt erklärten —: so lassen sich nur Wenige genauer auf dieselbe ein, und auch unter diesen sind die Ansichten sehr verschieden.

Am Ausführlichsten und zum Theile auf eigenthümliche Weise wird die Frage von Kritz erörtert [242]. Er stellt folgende Grundsätze auf:

a. man müsse voraussetzen, „daß ein Contrahent (der im Auslande contrahire) sich im Sinne seiner vaterländischen Gesetze erklärt habe, da nur diese ihm wirklich oder präsumtiv de jure bekannt seyen" [242a]; deßhalb dürfe

b. die Beurtheilung nach dem ausländischen Rechte nur insoweit eintreten, als der Inländer, indem er im Auslande contrahirte, zugleich stillschweigend eingewilligt habe, der Beurtheilung nach den Gesetzen des Auslandes unterworfen seyn zu wollen. — Hiernach würde es auf die Frage ankommen, wann eine solche stillschweigende Einwilligung vorhanden sey. Diese beantwortet Kritz dahin:

c. „Die Beurtheilung nach fremdem Rechte greife Platz, wenn mit Abschluß des im Auslande eingegangenen Contracts sofort **actio nata** für den mitcontrahirenden Ausländer eingetreten war, jedoch im Auslande nicht geklagt worden ist. Hier wisse der **subditus temporarius** (d. h. unser im Auslande contrahirender Bürger), daß er während seines temporären Unterthanenverhältnisses vor das Gericht des Auslandes gestellt werden **könne**, und daß dieses ihn, der damals wirklich Unterthan des Auslandes war (?), eben um deßwillen, wie jeden anderen Unterthanen nach dortigen Rechten zu beurtheilen habe. Der **subditus temporarius** habe also eingewilligt, nach diesem

---

242) Rechtsfälle B. II. S. 84 (s. ob. Nt. 8).

242 a) Das Gleiche behauptete auch schon Voet; s. unten Not. 247.

fremden Rechte beurtheilt zu werden, weil er, indem er den Consens erklärte, sich in die Nothwendigkeit versetzte, dieser Beurtheilung sich unterwerfen zu müssen." Das entgegengesetzte Verhältniß trete ein, wenn die Klage nur „nascitura" gegen den subditus temporarius des Auslandes sey, so daß sein Contrahent „erwarten oder sich doch als möglich denken müßte", daß er vor der einheimischen Behörde des subditus temporarius werde klagen müssen; hinsichtlich einer solchen Verbindlichkeit, die beide Contrahenten den Umständen nach durch die einheimischen Behörden des im Auslande Contrahirenden garantirt ansehen mußten, sey um deßwillen, weil jeder Richter zunächst nur nach dem Rechte seines Landes zu urtheilen habe, auch anzunehmen, die Contrahenten waren einverstanden, es solle die Verbindlichkeit nach dem vaterländischen Rechte des subd. temp. beurtheilt werden [243].

Kritz kommt hiernach eigentlich auf das Resultat: es sey anzunehmen, daß die Parthieen auf das Recht des Staats contrahirt haben, vor dessen Richter der Prozeß über das Geschäft wahrscheinlich zu bringen seyn werde, weil jeder Richter zunächst nur nach dem Rechte seines Landes zu urtheilen habe.

Allein abgesehen davon, daß sowohl bei der actio nata als der nascitura so häufig in den verschiedenen Ländern (dem des Contracts und dem des Domicils) zugleich der Gerichtsstand begründet ist und schon deßhalb jene Annahme sich nicht durchführen läßt [243a]), daß ferner Kritz Ausnahmen macht, die mit der Weise, wie er seine Regel begründet, sich

243) Kritz a. a. O. S. 104 111.

243 a) Kritz gibt zwar eine Entscheidung für den Fall, wenn „beliebig in dem einen oder dem anderen Lande geklagt werden kann." Er nimmt an, daß dieß dann der Fall sey, wenn unser Bürger „im Auslande, wo der Besitz von Vermögen auch den persönlichen Gerichtsstand des Inhabers begründet, solches Vermögen besitzt, und dort mit einem Ausländer, der dieses Verhältniß kennt, einen Contract schließt, der actionem nascituram begründet." In diesem

nicht werden in Einklang setzen lassen [244]), und daß er die Annahme einer temporären Unterthanschaft hereinmischt, die jedenfalls zu weit führen würde (oben §. 11): so dürfte auch außerdem noch Folgendes gegen seine Ansicht streiten:

Kritz spricht so allgemein, daß seine Grundsätze nicht blos auf den Gegenstand dispositiver, sondern auch auf den Gegenstand gebietender Gesetze, z. B. über die rechtliche Zulässigkeit eines Geschäfts, sich zu beziehen scheinen. Ist dieß der Fall: so würden sie deßhalb unhaltbar seyn, weil der Inhalt gebietender Gesetze der Autonomie der Parthieen nicht unterworfen ist, somit über die Anwendung solcher Gesetze nicht der wahrscheinliche

---

Falle sagt Kritz a. a. O. S. 111. müsse gegen unsere Bürger dasjenige der verschiedenen beiden Rechte (des Auslandes und des Inlandes) zur Anwendung kommen, welches seinen Gegner am Meisten begünstige. Denn „es liege in der Natur der Sache, daß man anzunehmen habe, es habe hier der Ausländer in der Absicht contrahirt, die Rechtsgewährung da zu suchen, wo er sie sich im ersprießlichsten Umfange versprechen dürfte.“ Allein 1. die Möglichkeit, in beiden Ländern zu klagen, ist, wenn im Auslande contrahirt wurde, auch in vielen anderen Fällen vorhanden; 2. die eben angeführte Entscheidung von Kritz beruht auf einer ganz willkührlichen Präsumtion über die Absicht des Ausländers, bei der noch dazu 3. die Absicht, in welcher der Inländer mitcontrahirte ganz unbeachtet gelassen wird, während doch, wenn man die Sache von der Absicht der Parthieen abhängig macht, es nur auf die übereinstimmende Absicht derselben ankommen könnte. Uebrigens gibt Kritz jene Entscheidung auch nur mit einem „scheint es.“

244) So soll z. B. nach Kritz a. a. O. S. 113 bei einseitigen vom Inländer im Auslande übernommenen Verbindlichkeiten, welche auf eine einem Ausländer bewiesene Liberalität hinauslaufen, der Inländer, selbst wenn sofort actio nata ist, nach dem Recht seiner Heimath beurtheilt werden; sogar der ausländische Richter habe hier „gegen den subditum temporarium dessen einheimisches Recht anzuwenden.“ „Der Inländer sey hier nicht aufgefordert gewesen, sich um ein fremdes Recht bei einem Geschäfte zu bekümmern, hinsichtlich dessen er in jedem Falle ignorantiam juris vorschützen konnte.“ Kritz beruft sich hier auf l. 8. de juris et facti ign. Es möchte aber doch sehr zu bezweifeln seyn, daß diese Stelle, namentlich in der allgemeinen Ausdehnung, die ihr Kritz S. 113 zu geben scheint, hier Platz greifen kann. Vgl. außerdem auch Kritz S. 109. Nr. 3. S. 112. Nr. 7. S. 123, und die vorhergehende Note.

Wille der Parthieen entscheiden kann [245]). Bezieht man aber seine Grundsätze blos auf den Inhalt dispositiver Gesetze: so paßt auf diesen gar nicht die Begründung, die er seiner Entscheidung (unter Lit. c.) gibt. Unser Unterthan, der im fremden Staat contrahirt, weiß ja, daß der fremde Staat die in seinem Bereiche geschlossenen Verträge in den Punkten, die er der Autonomie der Parthieen überläßt, nur in so weit nach seinen Gesetzen beurtheilt, als die Parthieen auf dieselben contrahirten. Daraus also, daß über ein sofort klagbares Verhältniß das Gericht des fremden Staates in solchen Punkten urtheilen werde, kann man unmöglich schließen, daß deßhalb unser Unterthan auf die Dispositivgesetze jenes Staates habe contrahiren wollen, eben weil er durch die Unterwerfung unter das Gericht jenes Staates sich noch nicht in die Nothwendigkeit versetzte, nach den Dispositivgesetzen jenes Staates beurtheilt zu werden. Nimmt aber Kritz an, daß „jeder Richter zunächst nur nach dem Rechte seines Landes zu urtheilen hat", und daß, wer vor das Gericht des Auslandes gestellt werden kann, sich „in die Nothwendigkeit versetzte", nach dessen Recht beurtheilt zu werden [246]): so würde dieß, abgesehen davon, daß es für den Inhalt bloßer Dispositivgesetze ganz unrichtig wäre, am Ende zu dem mit seinen Entscheidungen ganz widerstreitenden Grundsatze führen, daß eben stets der Prozeßort über das anzuwendende Recht entscheide. Außerdem kommt Kritz in Con-

245) Wenn Kritz S. 115 als leitendes, festes Princip den Satz aufstellt: „was die Contrahenten gewollt haben, gibt den Maaßstab für Beurtheilung des Contracts ab, und darum ist derselbe nach ausländischem oder inländischem Recht zu beurtheilen, je nachdem aus dem Geschäfte selbst Gründe dafür sich ergeben, daß in dem Sinne des einen oder der andern sollte contrahirt seyn": so ist dieß für den Gegenstand dispositiver Gesetze richtig, aber nur für diesen; denn es ist unzweifelhaft, und wohl auch meist zugestanden, daß die Willkühr der Parthieen nicht unbedingt bestimmen kann, welche lex cogens bei ihrem Verhältnisse zur Anwendung kommen soll.

246) Kritz a. a. O. S. 108, 109, 113. Nr. 7. S. 118.

flict mit unsern Rechtsquellen. Er gibt S. 106 zu, die l. 34. de reg. jur. trete als Norm der Auslegung dann ein, si non pareat, quid actum sit; er sagt S. 105, sie enthalte die ausdrückliche Vorschrift, daß „die Auslegung von Verträgen von demjenigen abhängig zu machen ist, quod in regione, in qua actum est, frequentatur, nicht aber von demjenigen, was eines Contrahenten Heimathsort in dieser Beziehung mit sich bringt." Damit ist aber die Voraussetzung, von welcher Kritz ausgeht (oben lit. a.) nicht zu vereinigen. Zwar fügt er bei: Jene Regel der l. 34. cit. sey nicht in unbedingter Allgemeinheit zu verstehen; sie beruhe darauf, daß, wer Etwas ausspricht, präsumtiv nur dasjenige kann ausgesprochen haben wollen, was damit nach den Vorstellungen seines Landes, seines Wohnorts sollte ausgesprochen seyn [247]. Allein dadurch würde die Regel der l. 34. nicht beschränkt, sondern aufgehoben; auch enthält einen solchen Satz die Stelle entschieden nicht, wie Kritz kaum vorher eigentlich selbst zugab; sondern sie sagt, daß, wer etwas ausspricht, präsumtiv dasjenige habe aussprechen wollen, quod in regione, in qua actum est, frequentatur [248], und von

247) Ebenso behauptet schon Voët Comm. ad Pand. L 1. tit. 4. part. II. nr. 19. in Beziehung auf die statuta simpliciter disponentia (im Gegensatze zu den leges cogentes), es sey zu präsumiren, jeder Contrahent habe nach den Gesetzen seines Wohnorts disponiren wollen, und fügt bei, es stütze sich dieses auch auf das Römische Recht, die l. 34. de reg. jur. und l. 31. §. 20. de aed. edict. Allein wenn er den Inhalt dieser Stellen dahin angibt: in dubio videri contractum secundum jus regionis, in qua contractum est: so ist ja dieser Inhalt geradezu gegen seine behauptete Präsumtion. — Auch Tittmann de compet. leg. etc. p. 44 sq. will in der Regel bei Verträgen auf jede Parthie in Betreff ihrer Verbindlichkeit je die Gesetze ihres Wohnortes anwenden, weil Jeder den Gesetzen seines Wohnortes zur Zeit des Contracts unterworfen sey. Allein es handelt sich, von Anderem abgesehen, bei Dispositivgesetzen zunächst ja blos davon, welchen Gesetzen die Parthieen sich unterwerfen wollten.

248) Wenn Kritz sich noch auf l. 18. §. 3. de instruct. vel instrum.

demselben Grundsatze geht auch die l. 6. de evictt. aus, indem sie sagt: si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet [249]).

Eben dieser Grundsatz ist es, von dem das Römische Recht überhaupt bei Entscheidung unsrer Frage ausgeht. Es setzt fest: Wenn es sich von den der Autonomie der Partheien überlassenen Bestimmungen bei einem Rechtsgeschäfte handle, so sey im Zweifel anzunehmen, sie wollen das Gesetz des Ortes angewendet wissen, an welchem sie das Geschäft schlossen, des Ortes, quo actum est, quo negotium gestum est [250]); und in so ferne gilt also hier, bei Punkten, die unter Dispositivgesetze fallen, im Zweifel die Regel: locus regit actum. Indessen wird jenem Grundsatze des Römischen Rechts gewöhnlich eine Deutung gegeben, die nicht richtig zu seyn scheint.

Es wird gewöhnlich, wenigstens von den Neueren, behauptet, wenn die Partheien einen Zahlungsort verabredeten: so sey nach den Gesetzen dieses Orts zu entscheiden, weil dann dieser Ort eigentlich für den Contractsort gelte. Man führt dafür D. XLIV. 7. de O et A. l. 21, XLII. 5. de reb. auct. jud. l. 3. an [251]). Allerdings sagen diese

---

bezieht: so ist zu beachten, daß letztwillige Verfügungen, bei welchen nicht von einer Vereinbarung mit einer dritten Person die Rede ist, mit Verträgen hier nicht auf gleiche Stufe zu stellen sind.

249) Kritz will a. a. O. S. 126 auch in dieser Stelle das bei Note 247 Angeführte finden. Wenn er beifügt: „das Fragment spricht davon, was für vertragsmäßig festgestellt anzusehen sey, nicht davon, wie das vertragsmäßig Festgestellte soll beurtheilt werden": so ist zu entgegnen, daß durch das vertragsmäßig Festgestellte hier die Norm der Beurtheilung desselben involvirt wird. Denn die Stelle sagt eben: Dasjenige gilt als vertragsmäßig festgestellt, was das Dispositivgesetz des Orts der Handlung enthält.

250) L. 34. u. l. 6. cit.

251) Vergl. z. B. Eichhorn D. Privatr. §. 37, Not. b. Mitter-

Stellen, der verabredete Zahlungsort gelte juristisch als Contractsort. Allein sie sagen dieses blos in Beziehung auf Begründung des **forum contractus**, wofür auch jene Verabredung eine ganz natürliche Bedeutung hat [252]. Keineswegs aber sagen sie es in Beziehung auf Auslegung des Willens der Parthieen und Ergänzung dessen, was die Parthieen unbestimmt ließen. Sie machen hier vielmehr geradezu einen Gegensatz zum Zahlungsort. Der Wille der Parthieen soll ergänzt werden aus dem Rechte der Gegend, in welcher **negotium gestum est** (die Stellen der Not. 250); als Contractsort dagegen soll in Beziehung auf Gerichtsstand gelten, **nicht** der Ort, „**quo negotium gestum est, sed quo solvenda pecunia est** (l. 3. cit.) [253]. Es dürfte sich dieß auch leicht erklären.

---

maier D. Privatr. §. 31, Not. 3. Schweppe Röm. Privatr. B. I. S. 55. Mühlenbruch Pandect. R. §. 73, Not. 17. Göschen Vorlesungen B. I. S. 114. Häufig wird auch Tittmann De competent. leg. für diese Ansicht angeführt. Allein dieser hat eine andere Ansicht (ob. Not. 247), und man muß bei ihm seinen §. 39 zusammenhalten mit seinem §. 41. Die Aelteren, so weit sie die Frage berühren, sprechen hier eben meist vom locus actus; aus dem Zusammenhang aber sieht man, daß sie gewöhnlich nicht den juristischen Contractsort, sondern eben den Ort der Handlung meinen. Einige erklären es aber auch noch ausdrücklich, daß jene Stellen sich blos auf den Gerichtsstand beziehen, nicht auf die Beurtheilung des Geschäfts selbst, z. B. Cocceji Diss. not. 8. cit. oder daß die naturalia eines Geschäfts nach dem locus contractus, nicht nach dem locus destinatae solutionis sich bestimmen, z. B. Hert Diss. nt. 8. cit. Sect. IV. §. 10 (diese Stelle scheint Kritz a. a. O. S. 116 bei seinem Berichte über Hert übersehen zu haben). Hildebrand Diss. nt. 8. cit. p. 20, 21. Boeschen Diss. nt. 8. cit. p. 31.

252) Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theor. des Civilproz. S. 86 f. Mühlenbruch in dies. Arch. B. XIX. S. 373.

253) Schon Bartolus ad Cst. 1. de summ. trin. nr. 16. und auch Boeschen l. c. p. 32, machen darauf aufmerksam, daß gegen die Beurtheilung des Geschäfts nach dem Orte, wo zu zahlen ist, namentlich auch die l. 6. de evictt. spreche. Nur geben sie der-

Wenn bei einem Vertrage die Contrahenten an ein ihren Vertrag ergänzendes Gesetz denken, so werden sie in der Regel davon ausgehen, das Gesetz solle gemeinschaftlich ihren Vertrag ergänzen, es solle ein und dasselbe Gesetz als ergänzende Norm eintreten, eben weil im Vertrage eine Vereinbarung über ihr gegenseitiges Verhältniß liegen soll [253a]). Ist aber für eine Parthie ein Zahlungsort verabredet, so würde man, wenn man dadurch diesen Ort zugleich als maaßgebend für die von der Parthie eingegangene Verbindlichkeit selbst annehmen wollte, blos ein Gesetz für das Verhältniß dieser Parthie, nicht auch für das der andern bekommen. Deßhalb rechtfertigt es sich wohl, in dem Zahlungsorte eine Bestimmung für den Gerichtsstand dessen, der an jenem Orte zu zahlen versprach, zu finden (weil bei dieser Frage das Verhältniß jeder Parthie besonders und getrennt in Betracht kommt), nicht aber für das Gesetz, das den Vertrag selbst und das gegenseitige Verhältniß der Parthieen normiren soll. Wenn z. B. ein Sachse in München Pferde auf Kredit kauft, so daß er den Preis seiner Zeit in Leipzig zu zahlen hat, die Pferde aber in München übergeben werden sollen, somit der verabredete Zahlungsort für den Verkäufer München, für den Käufer Leipzig ist: so ist es doch der Absicht der Parthieen schwerlich gemäß, daß über den Vertrag und seine Folgen zwei verschiedene Gesetze, das Bayerische und das Sächsische entscheiden, je nachdem von der Verbindlichkeit und den Rechten der einen oder der anderen Parthie die Rede ist. Wenn aber ein und dasselbe Gesetz in der Regel für das ganze Geschäft ergänzend eintreten soll: so ist es am Natürlichsten, das Gesetz des Ortes, an welchem die Parthien mit einander handelten, als das ergänzende anzunehmen. Wer an einem Orte mit Drit-

---

selben in einer anderen Hinsicht eine unrichtige Deutung, indem sie die Stelle auf die wesentliche äußere Form des Vertrags beziehen.

253a) Vergl. auch Kori Erörtt. Th. III. S. 22.

ten handelt, wird sich dabei im Zweifel des Sprachgebrauches dieses Ortes bedienen, und ebenso ist es natürlich, daß, wer an einem Orte mit Dritten ein Rechtsgeschäft abschließt, die Gewohnheit oder das Gesetz des Ortes als das vermittelnde zur Ergänzung des gemeinschaftlichen Willens dienen lassen wird. So erklärt sich der Grundsatz des Römischen Rechts, daß Verträge, sowohl was die Bedeutung der gebrauchten Worte, als die Ergänzung des Vertrags aus Dispositivgesetzen betrifft, nicht nach dem auszulegen und zu ergänzen sind, was am Zahlungsorte gilt, sondern nach dem, was am Orte gilt, wo die Parthieen handelten, quo actum, quo negotium gestum est.

Zweifelhafter ist, welche Dispositivgesetze der Richter anzuwenden hat, wenn unter Abwesenden ein Vertrag geschlossen wird. Aus dem Gesagten dürfte sich aber ergeben, daß ein solcher Vertrag nicht unbedingt aus den Gesetzen des Orts, der juristisch für den Contractsort gilt, noch unbedingt aus den Gesetzen des Orts der Acceptation [254]) zu ergänzen ist. Es wird hier nichts anderes übrig bleiben, als zu trennen, und die Verbindlichkeit eines Jeden nach den Gesetzen seines Wohnortes zu bestimmen [255]); denn hier ist wieder das Wahrscheinlichste, daß Jeder sich zu dem verpflichten wollte, was die Gesetze des Orts, von dem aus er handelte und versprach, mit sich bringen [256]).

---

254) Wie z. B. Hommel Rhapsod. quaest. etc. Obs. 409. nr. 18, und andere Aeltere (vgl. z. B. Hert D. de commeatu literar. §. 17—19. in opusc. T. I. p. 346) deßhalb meinten, weil dieser Ort eigentlich der wahre Vertragsort sey. Allein einestheils ist Letzteres noch sehr die Frage (s. dieses Archiv B. XIX. S. 116), anderntheils kommt es beim vorliegenden Gegenstande nach dem Ausgeführten nicht auf den Ort an, welcher juristisch als Contractsort gilt. — Manche Aeltere wollten in solchen Fällen den Vertrag lediglich unter das Naturrecht stellen!

255) Aehnlich z. B. Schweppe R. Privatr. B. I. S. 54, nur aus anderen Gründen.

256) Eichhorn D. Privatr. 4. A. S. 110. will hier, „daß jeder Theil

Hiernach ist das forum contractus für die Frage, welche Dispositivgesetze im Zweifel auf Verträge anzuwenden sind, an sich nicht entscheidend. Natürlich kann aber der Ort, dessen Dispositivgesetze auf den Vertrag anzuwenden sind, mit dem forum contractus zusammentreffen. Dieß ist z. B. der Fall, wenn die anwesenden Partheien an einem gewissen Orte contrahiren, ohne einen dritten Zahlungsort zu verabreden. Ein solches Zusammentreffen kann aber auch noch in andern Fällen vorkommen. Namentlich kann der Zahlungsort allerdings in manchen Fällen der Ort seyn, aus dessen Dispositivgesetzen der Vertrag zu ergänzen ist. So wenig der Ort, wo contrahirt wurde, unbedingt das forum contractus begründet [257], so wenig entscheidet der Ort, wo die Partheien handelten, unbedingt über das zur Anwendung kommende Dispositivgesetz. Er entscheidet nur im Zweifel, „si non pareat, quid actum est", also wenn man keine andere Anhaltspunkte für den übereinstimmenden wahrscheinlichen Willen der Partheien hat.

Solche andere Anhaltspunkte dürften namentlich in dem Falle eintreten, wenn zwei Angehörige desselben Staates im Auslande zusammentreffen, und dort miteinander ein Geschäft schließen, das lediglich an ihrem gemeinsamen Wohnorte zur Vollziehung und Wirksamkeit kommen soll. Hier ist ohne Zweifel in Betreff der zur Anwendung zu bringenden Dispositivgesetze der Ort, wo sie paciscirten, ihrem Sinne nach indifferent. Beide, unter den Gesetzen desselben Wohnsitzes lebend, versetzen den Vertrag seiner ganzen Wirksamkeit nach an diesen Wohnsitz, und so ist es gewiß ihrem Willen gemäß, daß lediglich die ergänzenden Gesetze dieses

---

die Rechte, welche er aus einem solchen Geschäfte hat, nur in so weit geltend machen kann, als die Gesetze gestatten, unter welchen er sie ausübt."

257) D. V. 1. (de judic.) l. 19. §. 2. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 28 f. Mühlenbruch in dies. Arch. B. XIX. S. 368 f.

Wohnsitzes auch ihren Vertrag bestimmen und ergänzen sollen [258].

§. 21. Eine ähnliche [259] Ausnahme tritt ein bei den Gesetzen über das eheliche Vermögensverhältniß, welche den Willen der Parthieen theils überhaupt beim Abschlusse der Ehe in Beziehung auf ihre gesammten Vermögensverhältnisse theils beim Abschlusse bestimmter Eheverträge ergänzen. Hier ist der Ort, wo das Verhältniß eingegangen wurde, und wo die Parthieen handelten, wieder ganz indifferent, und man kann, wenn z. B. unser Bürger eine Ausländerin heirathet und sich mit ihr im Auslande trauen läßt, unmöglich annehmen, daß die Betheiligten die Gesetze jenes Ortes als die ihren Willen ergänzenden behandeln wollten. Denn auch hier stehen die Parthieen, beide Gatten, unter dem Gesetze desselben Wohnortes, nämlich des Wohnortes, den der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe hatte; zugleich ist der Sitz der eigentlichen Wirksamkeit des Vertrages eben dieser Wohnort, und handelt es sich hier eigentlich von einer die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit betreffenden Frage, und nach allem diesem kann man nur annehmen, daß die Gatten das ihre ganzen vermögensrechtlichen Beziehungen umfassende Gesetz, das des Wohnortes des Mannes, hier ergänzend eintreten lassen wollten. Es paßt hier ganz, was Ulpian — übrigens in anderer Beziehung, in Bezug auf das forum contractus, wenn die Frau aus Ehe-

---

258) Zu weit aber geht Hert D. de collis. leg. Sect. IV. §. 10. a. E. §. 46. und nach ihm Riccius Lehr. u. Stadtgess. S. 530, wenn sie, sobald beide Parthieen demselben Staate angehören und im Auslande miteinander contrahiren, stets und unbedingt das Gesetz des Wohnorts der Parthieen anwenden wollen.

259) Außer diesen Fällen kann es übrigens auch noch weitere geben, in welchen der Ort der Handlung völlig indifferent ist, z. B. wenn zwei auf einem Eilwagen oder einer Eisenbahn sofort durch verschiedene Staaten Reisende mit einander contrahiren. Hier kann man im Zweifel wohl nur auf den Ort sehen, wo das Geschäft zur Klage kommt.

verträgen klagt — sagt: **nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erit reditura** [260].

Ueber diese Frage ist aber in mehreren Beziehungen Streit. Viele Aeltere wollten das eheliche Güterverhältniß verschieden bestimmen nach den verschiedenen Ländern, in welchen das Vermögen der Ehegatten liegt. Wohnen daher die Ehegatten im Lande **A**, in welchem keine Gütergemeinschaft gilt, und haben sie auch im Lande **B**, wo Gütergemeinschaft gilt, Güter: so soll bei den letzteren Gütern Gemeinschaft, bei ihrem im Lande **A** gelegenen Vermögen aber keine Gemeinschaft eintreten. Nur nehmen die Anhänger dieser Ansicht meist die Mobilien aus; bei diesen soll unbedingt das Recht des Wohnortes der Ehegatten gelten [261]. Es stützt sich diese Meinung auf die oben §. 11. Nr. 2. angeführten Voraussetzungen. Allein selbst die Meisten von denen, welche jenen Prämissen beistimmen, verwerfen doch hier schon aus einem richtigen praktischen Takte die Anwendung derselben, und vom Ende des **XVII.** Jahrhunderts an war in Deutschland die herrschende Meinung durchaus gegen jene Ansicht, beim ehelichen Güterverhältniß auf den Ort zu sehen, wo die Güter liegen (s. die Note 265, 266, 268, 269 Angeff.). Auch kann darüber gewiß kein Zweifel seyn, daß es der Ab-

---

260) **D. V. 1. de jud. l 65.**

261) So z. B. die bei **Hert D. de collis. leg. Sect. IV. §. 46.** Angeführten. Dieser Ansicht sind auch **Cocceji Diss. nt. 8. cit. Tit. VII. §. 20. Tit. VIII. §. 13.** (und doch beruft er sich lediglich auf die **l. 65. de judic.**, die kein Wort vom **locus rei sitae** sagt!), ferner Riccius Entw. von Stadtgeff. S. 597, der sogar auch bei Mobilien auf den **locus rei sitae** sehen will. — **Hommel rhaps. quaest. obs. 409. nr. 15.** meint, die Praxis sey für das im Texte Angeführte. Allein im **XVIII.** Jahrhundert war gewiß eine allgemeine Praxis nicht mehr dafür. Denn die herrschende Meinung unter den deutschen Juristen war längst dagegen, und ebenso ließen sich viele Rechtssprüche dagegen anführen.

sicht der Parthieen nicht gemäß ist, zu gleicher Zeit in ganz verschiedenen ehelichen Güterverhältnissen zu leben, je nach den verschiedenen Orten, an welchen ihr Vermögen zufällig liegt. Selbst wenn ein gebietendes Gesetz über eheliches Güterverhältniß im Staate bestehen würde: könnte man deßhalb doch noch nicht, wie hier wenigstens Manche wollen [262]), die im Staate liegenden Güter fremder Ehegatten diesem Gesetze unterwerfen, wie unten (§. 25. 26.) sich ergeben wird.

Die Anhänger der herrschenden (richtigen) Meinung aber, welche annehmen, das eheliche Güterverhältniß bestimme sich nach den Gesetzen des Wohnortes der Gatten, theilen sich in so ferne in zwei Klassen, als der eine Theil dieses Resultat mit Recht auf eine (stillschweigende) Uebereinkunft der Ehegatten stützt, während ein Theil die Annahme einer solchen Uebereinkunft verwirft und die Entscheidung lediglich auf das am Wohnorte der Ehegatten geltende Gesetz gründet.

Diese verschiedene Begründungsart desselben Resultates ist hier von bedeutender practischer Wichtigkeit. Es hängt von ihr die Entscheidung der bestrittenen Frage ab, ob mit der Aenderung des Wohnortes der Ehegatten sich, wenn am neuen Wohnorte ein anderes Güterverhältniß gilt, sofort nun auch das Güterverhältniß der Gatten von selbst ändere. Nimmt man an, daß bloß und allein deßhalb das Güterverhältniß der Ehegatten sich nach dem Gesetze des Wohnortes des Mannes bestimme, weil dieses Verhältniß eben lediglich diesem Gesetze unterworfen sey: so muß mit der Aenderung dieses Gesetzes [263]), somit auch mit der Aenderung des Wohn-

262) Z. B. Hert l. c. §. 47.

263) Die Frage, ob, wenn die am Wohnorte der Gatten bestehende Gesetzgebung über eheliches Güterverhältniß geändert wird, nun auch die bereits bestehenden Güterverhältnisse eines Ehepaars sich ändern, ob also die neue Gesetzgebung nicht bloß auf künftige, sondern auch auf schon bestehende Ehen anzuwenden sey, diese Frage muß sich im

ortes, durch welche die Gatten unter ein neues Gesetz zu stehen kommen, sich auch das Güterverhältniß wenigstens für die Folgezeit [264]) ändern, und es würde daher, da der Mann in der Regel den Wohnort nach Willkühr bestimmen kann und die Frau ihm folgen muß, von der Willkühr des Mannes abhängen, durch Aenderung des Wohnortes auch das Güterverhältniß zu ändern, und z. B. gegen den Willen der Frau sein getrenntes Güterverhältniß in eine allgemeine Gütergemeinschaft zu verwandeln, wenn er von einem Orte, wo das Erstere galt, an einen Ort zieht, wo Letztere gilt. Dieser Ansicht sind manche Aeltere [265]) und unter den Neue-

---

Wesentlichen ganz nach denselben Grundsätzen und auf dieselbe Weise beantworten, wie die Frage, ob mit Aenderung des Wohnortes sich von selbst die Güterverhältnisse ändern. Beide Fragen sind zu verneinen, wenn man den Gatten ein festes wohlerworbenes Recht auf das zwischen ihnen bereits bestehende Güterverhältniß einräumt, dagegen zu bejahen, wenn man das Verhältniß als lediglich abhängig von der Gesetzgebung des Wohnorts der Gatten betrachtet, wo es dann sowohl mit der Aenderung dieser Gesetzgebung, als mit der Wahl eines neuen, unter einer anderen Gesetzgebung stehenden, Wohnortes sich von selbst ändern müßte. Dieses geben die Meisten zu. Anderer Meinung ist Phillips deutsch. Privatrecht. 2. Ausg. B. II. §. 139. S. 56.

264) Diese Beschränkung berühren die Anhänger dieser Ansicht gewöhnlich nicht; s. aber Huber de conflictu leg. (praelect. ad Pand. L. 1. T. 3.) nr. 9. Mühlenbruch Pand. R. §. 72. Not. 6. Kierulff Civilr. B. 1. S. 79.

265) Z. B. Huber l. c. Mevius Comm. ad jus Lub. Part. II. Tit. 2. art. 16. nr. 401. Henr. Brockes sel. obss. forens. obs. XVII. §. 44. Eine Inconsequenz ist es, wenn Malblanc Princ. jur. R. §. 65 das Güterverhältniß auf ein pactum tacitum stützt und doch annimmt, es ändere sich mit dem Wohnort. Diese Inconsequenz suchten G. L. Boehmer Elect. jur. civ. T. III. Exerc. 17. und Eisenhardt Opusc. jur. var. arg. p. 294 zu vermeiden, indem sie, im Resultate derselben Ansicht, behaupteten, jenes Pactum werde von den Ehegatten nur unter der Voraussetzung geschlossen, daß der Wohnort unverändert bleibe. Allein diese Annahme ist rein willkührlich. Eine, übrigens keineswegs irgend begründete, Mittelmeinung sprach im Jahr 1780 die Tübinger Juristen-Facultät dahin aus (Kapff Rechtssprüche S. 70 f.): bei Aenderung

sten namentlich Eichhorn, Schweppe, Phillips, Mühlenbruch, Kierulff, Th. L. Runde [266]).

Die scheinbarsten Gründe für diese Ansicht und gegen die entgegengesetzte führen Eichhorn, Phillips, Kierulff und Runde an. Das gemeine Recht, sagt Eichhorn und nach ihm Phillips und Runde „betrachte bei der Ehe als „Gegenstand der Einwilligung lediglich die Entstehung „eines persönlichen Verhältnisses (J. de pat. pot. „§. 1. D de ritu nupt. l. 1.); von diesem seyen die Gü„terhältnisse der Eheleute gesetzliche Wirkung." — Allein Jenes sagt denn doch wohl das gemeine Recht nicht. Es betrachtet als Gegenstand der Einwilligung bei der Ehe das consortium omnis vitae, die divini et humani juris communicatio (l. 1. cit), und zwar, wenn und soweit nicht besondere gültige Pacte geschlossen sind, **diejenige** divini et humani juris communicatio, wie sie das Gesetz bestimmt. Nimmt nun das Gesetz in seine Bestimmung z. B. auch eine Vermögensgemeinheit auf: so gehört diese ebenfalls zu der juris communicatio, in welche die Gatten durch die Ehe einwilligten [266a]). Diese Bestimmung des Gesetzes gilt dann, wie überhaupt der Inhalt der Dispositivgesetze über die Wirkungen der Verträge, als Ausdruck des Willens der Parthieen.

---

des Wohnortes ändern die Gatten ihr pactum tacitum (ähnlich auch Phillips D. Privatr. 2. A. B. II. S. 58; s. aber u. A. l. 8. pr. D. mand.) und zwar so, daß die Frau durch einseitigen Widerspruch das neue pactum hindern und das alte Güterverhältniß festhalten könne.

266) Eichhorn D. Privatr. §. 35. Nt. g. Schweppe R. Privatr. B. I. S. 56. Phillips D. Privatr. 2. A. B. II. §. 139. Mühlenbruch a. a. O. Kierulff a. a. O. Th. L. Runde Deutsches ehel. Güterrecht. Oldenb. 1841. S. 217 f.

266 a) Wenn Phillips a. a. O. S. 57 u. A. noch einwendet, daß die Güterverhältnisse nicht zum Wesen der Ehe gehören: so beweist dieß nichts. Denn es soll ja keineswegs behauptet werden, daß blos das zum Wesen des Geschäfts Gehörige Gegenstand der Einwilligung der Parthieen sey.

Gegen diese Bedeutung des Dispositivgesetzes aber erklärt sich Kierulff a. a. O., indem er meint, „das Dispositivgesetz gestatte nur dem Privatwillen, eine von der gesetzlichen Disposition abweichende Norm zu schaffen. Aber die Wirksamkeit des dispositiven Gesetzes werde auch nur durch die wirklich geschehene Aeußerung des Privatwillens suspendirt, und höre im entgegengesetzten Falle nicht auf, für alle unter ihm begriffenen Fälle, wie jedes andere Gesetz, durch sich selbst gültig zu seyn. Wer das Eintreten einer solchen gesetzlichen Bestimmung auf den (stillschweigenden) Privatwillen als seinen Grund zurückführe, verwechsle den juristischen Grund mit der factischen Veranlassung."

Allein was hier Kierulff über die Natur des Dispositivgesetzes sagt, ist nur in gewissen Fällen richtig, namentlich da, wo sich ein Privatwille gar nicht ausgesprochen, derselbe sich lediglich negativ verhalten hat, und somit das Dispositivgesetz nicht einen theilweise ausgesprochenen Privatwillen ergänzen kann, wie wenn Jemand ohne letzten Willen stirbt. Hier tritt das Dispositivgesetz (die Intestaterbfolge) durch sich selbst und lediglich deshalb ein, weil es der Erblasser nicht beseitigt hat, oder, wie bei Testirunfähigen, weil er es nicht beseitigen konnte; die Intestaterbfolge kann nicht als ein stillschweigender letzter Wille des Erblassers gelten [267].

Ein Dispositivgesetz aber, welches die Wirkungen und Folgen eines Rechtsgeschäftes näher bestimmt, will nicht blos dem Privatwillen eine Abweichung durch entgegengesetzte Festsetzungen gestatten, sondern für den Fall, daß eine solche Abweichung nicht getroffen wird, den unvollständig ausgedrückten Privatwillen ergänzen; es ist dann als Auslegung dieses Privatwillens zu betrachten, und sein Inhalt als in diesen Willen aufgenommen anzunehmen. Wer eine Miethe oder einen Kauf abschließt, und sich, wie es gewöhnlich geschieht, blos mit der Verabredung über Gegenstand und Preis

---

267) Vgl. auch Böck Not. 325 cit.

begnügt, handelt in dem Sinne, daß in dem unbestimmt Gebliebenen das Gesetz den Vertrag ergänze, und die Dispositivgesetze, welche die Wirkungen des Vertrags näher bestimmen, wollen ebenso nur näher bestimmen, wie der im Vertrage ausgesprochene Wille aufzufassen sey. Sonst wäre ja die Parthie, wenn sie den Inhalt solcher Dispositivgesetze zu einem paciscirten machen wollte, gezwungen, ihn stets ausdrücklich in den Vertrag aufzunehmen, und gerade dieses will und soll ihr die Gesetzgebung durch das ergänzende Gesetz ersparen [267 a]).

Wirklich sind auch die meisten Rechtslehrer dafür, daß, wenn Ehegatten ihre ehelichen Güterverhältnisse nicht durch ausdrückliche Festsetzung näher bestimmen, anzunehmen sey, sie hätten die Regulirung ihrer Rechtsverhältnisse im Hinblick auf die Gesetzgebung, wie sie am Wohnorte des Mannes zur Zeit der Eingehung der Ehe bestand, unterlassen, und dadurch die Bestimmung dieser Gesetzgebung für sich stillschweigend zur vertragsmäßigen erhoben, daß somit auch die ehelichen Güterverhältnisse durch Veränderung des Wohnortes sich **nicht** ändern. Dieser Ansicht sind die meisten älteren niederländischen Civilisten, wie **Lamb. Goris**, **v. Sande**, **Ant. Matthäus**, **Grönewegen**, **Rodenburg**, **v. Wesel**, **Paul Voet**, **Joh. Voet** [268]) und ebenso die meisten älteren und neueren deutschen Juristen [269]),

---

267 a) Wenn **Runde** a. a. O. einwendet: „Auf ein bestimmtes Gesetz könnte die Willensmeinung der Eheleute stillschweigend doch nur dann gerichtet seyn, wenn sie mit dem Inhalt bekannt waren, und man müßte jedem wenigstens den Beweis nachlassen, daß er unbekannt damit die Unterwerfung unter dasselbe gar nicht habe berücksichtigen können“: so ist dagegen zu bemerken, daß die Paciscenten auf ein Gesetz gar wohl contrahiren können, ohne dessen Inhalt gerade genau zu kennen, daß dieß unzähligemale bei allen Verträgen vorkommt und daß ein Rechtsirrthum in dieser Hinsicht ganz unentschuldbar wäre. Würde man wohl einem Käufer Gehör geben, wenn er sich darauf berufen wollte, er habe die gesetzlichen Bestimmungen über die naturalia des Kaufvertrages nicht gekannt?

268) S. **Joh. Voët** Comm. ad Pand. L. XXIII. Lit. 2. nr. 87 und die dort Angeführten.

269) Vgl. z. B. **Lauterbach** D. de societ. bonor. conjugal. Tüb

und, wie schon Lauterbach, so nennt sie auch hundert Jahre später Hofacker die communis opinio. Dabei ist aber noch auf Folgendes aufmerksam zu machen:

1. Manche Vertheidiger der richtigen Ansicht, daß mit der Aenderung des Wohnorts die Güterrechte sich nicht ändern, behaupten, die Ehefrau habe an sich schon ein festes Recht auf das einmal begründete Güterverhältniß, selbst wenn man einen stillschweigenden Vertrag nicht annehme [270]. Allein nimmt man den letzteren nicht an: so wäre blos das am Wohnorte geltende Gesetz Grund und Voraussetzung des Bestehens jenes Verhältnisses, und es ließe sich dann kein Argument nachweisen, aus welchem die Frau ein Recht auf die Fortdauer des Verhältnisses selbst dann hätte, wenn jener Grund und jene Voraussetzung wegfiele. Nur die schon erworbenen Rechte könnten ihr durch eine solche Aenderung nicht entzogen werden (z. B. wenn sie bisher in allgemeiner Gütergemeinschaft lebte und der Mann zieht an einen Ort, wo diese nicht gilt: so müßte sie doch jedenfalls Eigenthümerin dessen bleiben, was sie in Folge des bisherigen Verhältnisses er-

---

1661. cap. 2 §. 13 (in j. Diss. T. III p. 961.) Hert l. not. 8. cit. Sect IV. § 46—49. Pufendorf Obss. jur. univ. T. II. Obs 121. §. 2. Hofacker princ. j. R §. 143. und nach ihm Darz D. Privatr. §. 53. Elsässer vermischte Beiträge ꝛc. Erlang. 1783. S. 23 f. und nach ihm Pfizer Rechte u. Verbindlichkeiten der Weiber ꝛc Th. I. S. 145 f. Hofmann Handbuch d. Eherechts ꝛc. S. 254. Runde D. Privatr. §. 609. Griesinger Commentar üb. das Württ. Landr. B. VII. S. 14. Reinhardt das Landrecht des Königr. Württ. B. III. S. 8 f. v. Weishaar Württ. Privatr. 3. Ausg. §. 149. Glück Commentar B. XXV. S. 269 f. Thibaut Pand. R. §. 323. Not. z. Pfeiffer Prakt. Ausführg. B. II. S. 263 f. v. Bülow und Hagemann Prakt. Erörtt. B VI. Nr. 24. Georgii in diesem Archive B. III. S. 175 f. Funk Ebendas. B. XXII. S. 115 f. Mittermaier D. Privatr. 5te Ausg. § 400. Seuffert Handb. des Civilproz. B. I. S. 238. Vgl. auch Grolmann Handb. üb. den Code Napol. B. I S. 26 f.

270) Z. B. Pufendorf a. a. O. Funk a. a. O. S. 106 f. v. Weishaar a. a. O.

worben hatte [271]; allein ein Recht auf die Fortdauer des Verhältnisses an sich und auf die Möglichkeit, in Folge desselben auch künftig Erwerb machen zu können oder den Mann vom Miterwerb auszuschließen, könnte sie bloß daraus, daß das Verhältniß einmal begründet war, nicht herleiten.

2. Manche wollen die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterverhältnisses auch daraus herleiten, daß sonst die Frau in ihren Güterverhältnissen ganz von der Willkühr des Mannes abhängen würde [271 a]. Allein dieser Grund wäre bloß ein legislativer, und wenn die Frau nicht aus anderen Gründen ein Recht auf Fortbestand des Verhältnisses hätte: so könnte der Umstand, daß das Gegentheil für sie hart oder nachtheilig wäre, ihr ein solches Recht noch nicht geben.

3. Wenn an dem Orte, an welchen die Ehegatten ihren neuen Wohnsitz versetzen, ein gebietendes Gesetz über das Güterverhältniß gilt, dann müßte allerdings ihr Güterverhältniß nach diesem Gesetze, dessen Unterthanen sie nun geworden sind, sich für die Folgezeit ändern [272], z. B. bei ihnen allgemeine Gütergemeinschaft eintreten, wenn sie von einem Orte, wo diese nicht galt, an einen Ort ziehen, nach dessen Gesetzen jeder Ehegatte unbedingt in allgemeiner Gütergemeinschaft leben müßte.

4. Die Neueren verweisen bei dieser Frage häufig haupt-

---

271) Dieß wenigstens müßten auch diejenigen zugeben, welche der Ansicht sind, daß die Güterverhältnisse mit dem Wohnorte sich ändern (Not. 264), und man kann dieser Ansicht nicht, wie Funk in diesem Archive B. XXI. S. 381 f. B. XXII. S. 119 f. vorwerfen, daß nach ihr die Frau bereits erworbenes Eigenthum verlieren würde. Manche Vertheidiger dieser Ansicht drücken sich freilich so aus, als ob sie es so meinten, wie es Funk darstellt; allein in jener Thesis an sich liegt es nicht.

271 a) Z. B. Pufendorf, Griesinger, Reinhart a. a. O.; ebenso Funk in dies. Arch. B. XXII. S. 101 f., 104 f., der überhaupt für diese Ansicht noch eine Reihe von Gründen anführt, die in der That nichts beweisen; vgl. z. B. dens. a. a. O. S. 104 f., 109 f.

272) S. oben nach Note 262.

sächlich auf Tittmanns Schrift **De competentia legum** (oben Not. 8.); allein sehr mit Unrecht, und es möchte um so mehr die Frage seyn, ob jener Verweisung eine genaue Prüfung der Schrift voranging, als Tittmann nicht selten hier für eine Ansicht angeführt wird, die er nicht aufstellt. Die höchst schwankende und ganz unbefriedigende Ausführung Tittmanns geht dahin: er gibt (**l. c. p. 12, 24 sq.**) zu, daß der Inhalt der von den Partheien nicht geänderten Dispositivgesetze als Vertragsinhalt anzunehmen sey. Allein, meint er, der Anwendung dieses Grundsatzes widerstreite im vorliegenden Falle der Umstand, daß hier **de ipsa lege, qua contractum est, relinquenda quaeritur** (?); dadurch komme man auf einen kaum lösbaren Knoten, mit dem man am Ende blos **ex aequo et bono** zurecht kommen müsse. Er unterscheidet dann die zwei Fälle: die Gatten ziehen aus einem Orte, wo Gütergemeinschaft bestand, an einen Ort, wo sie nicht besteht: hier soll die Gütergemeinschaft sich auflösen, — **quoniam sublata communio non tam in vitando damno, quam in lucro officere alterutri conjugi potest, non videtur ejusmodi esse id jus, quod ne mutaretur tacite pacti esse censeantur conjuges.** Den andern Fall, wenn die Gatten von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft galt, an einen Ort ziehen, wo sie gilt, hält er für noch weit schwieriger, so daß er (**l. c. p. 29**) gar nicht zu entscheiden wagt, wie weit hier das Recht des neuen Wohnorts Platz greife!

5. Ueber das Verhältniß der Gläubiger der Ehegatten bei Aenderung des Wohnortes sind neuerlich von Funk in diesem Archive Behauptungen aufgestellt worden, die sich schwerlich rechtfertigen lassen dürften. Er ist, wie schon angeführt wurde, der richtigen Ansicht, daß mit Aenderung des Wohnorts der Gatten sich ihre Güterverhältnisse nicht ändern. Aber, meint er, dieß gelte nur in Beziehung auf das Verhältniß der Gatten zu einander. Anders sey es im Verhältniß zu ihren (späteren) Gläubigern. Die Rechte derselben seyen stets nach den Gesetzen des Forums zu beur-

theilen, unter dem der Mann zur Zeit der Contrahirung der Schuld stand, so daß z. B. wenn der Mann von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft galt, an einen Ort zieht, wo allgemeine Gütergemeinschaft gilt, die Gatten zwar unter sich nicht in allgemeine Gütergemeinschaft treten, sondern in getrennten Güterverhältnissen bleiben, sie aber in Beziehung auf diejenigen, denen sie am neuen Wohnorte schuldig werden, als in Gütergemeinschaft stehend zu betrachten seyen [273].

Allerdings kann etwas der Art ein Landesgesetz festsetzen, wie dieß das Preußische Landrecht that. Allein daß darin auch allein „die richtige Anwendung der Grundsätze des gemeinen Rechts liege", daß es den allgemeinen Principien über Recht und Gerechtigkeit conform sey, wie Funk meint, dieß dürfte doch wohl auf einer Verkennung dieser allgemeinen Principien und der Grundsätze des gemeinen Rechts beruhen. Eine solche Bestimmung, wie sie das Preußische Recht enthält, ist eine aus politischen Motiven, aus Rücksicht auf Sicherheit des Verkehrs eingeführte Anomalie, ein jus singulare, für dessen Einführung allerdings triftige legislative Gründe vorliegen mögen, wie für so manche andere Anomalieen. Aber unser gemeines Recht kennt diese Anomalie nicht und aus allgemeinen Principien läßt sie sich nicht herleiten.

Nach allgemeinen Grundsätzen muß das Verhältniß, in welchem die Gatten unter sich stehen, nothwendig zugleich die Norm für die Rechte der Gläubiger an die Gatten geben. Stehen die Gatten unter sich im Verhältniß der Gütergemeinschaft: so bekommen eben dadurch die Gläubiger ein Recht, die Gemeinschaftsschulden gegen die Gemeinschaft, gegen beide Gatten, geltend zu machen. Stehen sie in getrennten Vermögensverhältnissen und der eine Gatte contra-

273) S. dens. in diesem Archive B. XXI. S. 372—383, B. XXII. S. 115.

hirt allein mit einem Gläubiger, so kann der letztere sich nur an den Gatten halten, der mit ihm contrahirte; es läßt sich gar kein allgemeiner Grund denken, der ihm auch ein Recht an den andern Gatten geben könnte. Nur durch eine **lex cogens** könnte das Gegentheil eingeführt werden. Ein solches **jus cogens** aber wird man vergeblich in unserem gemeinen Rechte suchen.

Das gemeine Recht überläßt es den Ehegatten, ihre Güterverhältnisse frei zu bestimmen; das Gesetz tritt nur als dispositives ein, wenn und so weit die Gatten keine besondere Bestimmung trafen. Nirgends aber enthält unser gemeines Recht, weder Gesetz noch Gewohnheitsrecht, den Grundsatz, daß, wenn die Ehegatten ihre Güterverhältnisse abweichend vom Gesetz bestimmten, diese Bestimmung in Beziehung auf ihre künftigen Gläubiger als gar nicht vorhanden, als völlig bedeutungslos zu betrachten sey, und daß die Gatten gegenüber von den Gläubigern so zu behandeln seyen, als ob sie nicht in dem durch gültige Vereinbarung bestimmten, zwischen ihnen wirklich bestehenden, sondern als ob sie in einem ganz anderen, in dem vom Dispositivgesetze bestimmten Verhältnisse lebten. Vielmehr geht das gemeine Recht durchaus davon aus, daß das Güterverhältniß, in welchem die Gatten leben, die Grundlage und Norm für alle ihre Rechtsverhältnisse, sey es unter sich oder gegen Dritte, bildet. Im Grunde genommen gibt dieß am Ende Funk selbst factisch zu. Er gibt nämlich zu, daß dem so sey, wenn die Gatten ihr vom Gesetz abweichendes Güterverhältniß öffentlich bekannt machen [274]), knüpft also das Richtige nur an die Bedingung einer gewissen Formalität. Allein hier hat sich Funk von einigen nordteutschen Particularrechten zu sehr influenziren lassen, die eine solche Formalität vorschreiben. Von einer solchen Formalität (welche

274) A. a. O. B. XXI. S. 378. 379.

allerdings legislativ sich rechtfertigt) weiß unser gemeines Recht (wissen auch viele unserer Particularrechte) durchaus nichts [275]).

Wenn daher Ehegatten, welche keine besondere Eheverträge errichteten, von einem Orte, wo Gütergemeinschaft gilt, in ein Land ziehen, wo keine Gütergemeinschaft gilt: so bleibt nach dem oben Ausgeführten, wie auch Funk annimmt, die Gütergemeinschaft zwischen ihnen bestehen. Contrahirt nun

---

275) Zwar behaupten manche Germanisten, daß, wenn an Orten, wo Gütergemeinschaft gilt, dieselbe durch Eheverträge abgeändert werde, ein solcher Vertrag zur öffentlichen Kenntniß gebracht werden müsse. z. B. Phillips D. Privatr. §. 137. Allein, wie gesagt, blos einzelne Particularrechte enthalten eine solche Bestimmung. Vgl. auch Mittermaier D. Privatr. 5. A. §. 406. Not. 2. Selbst Eichhorn D. Privatr. §. 303. geht zu weit, wenn er für den angeführten Fall behauptet, daß die vertragsmäßige Ausschließung der Gütergemeinschaft gegen die Gläubiger, welche keine Kenntniß vom Vertrage haben, keine Wirkung habe, „da sie berechtigt seyen, die gesetzlichen Verhältnisse vorauszusetzen." Denn wenn das Gesetz den Gatten gestattet, durch Vertrag das gesetzliche Verhältniß beliebig abzuändern: so ist der Gläubiger keineswegs berechtigt, vorauszusetzen, daß die Gatten, mit denen er contrahirt, das gesetzliche Verhältniß nicht abgeändert haben; ein solches Recht könnte ihm nur durch eine besondere gesetzliche Bestimmung eingeräumt werden, und ohne eine solche hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er sich nicht vorher Auskunft über das Verhältniß, in welchem die Gatten leben, zu verschaffen suchte. So zweifeln z. B. meines Wissens die Gerichte in Württemberg, wo partielle Gütergemeinschaft gilt, nicht, daß, wenn die Gatten dieselbe durch Vertrag ausschlossen und z. B. auf's Röm. Recht heiratheten, die Gläubiger, wenn auch der Vertrag ihnen nicht bekannt wurde, lediglich nach Röm. Recht in Beziehung auf die Frage, an welchen Gatten sie sich halten können, zu behandeln sind. Ein vorsichtiger Gläubiger muß sich eben vorher nach dem Verhältniß erkundigen, in welchem die Gatten leben. Vgl. den Entwurf e. Gesetzes über die ehel. Gütergemeinsch. für das Königr. Württ. Stuttg. 1840. S. 69. Eine ganz andere Frage ist natürlich die, wie weit, wenn die Gatten in Gütergemeinschaft wirklich lebten, und erst später dieses Verhältniß aufheben, dieß auf die Rechte ihrer früheren Gläubiger (die zur Zeit der Gemeinschaft ihre Gläubiger wurden) Einfluß habe.

der Mann am neuen Wohnort Schulden zu ehelichen Zwecken: so ist dieß eine Schuld der Gemeinschaft, eine Schuld beider Gatten (keineswegs, wie Funk glaubt, blos des Mannes, wenn sie ihr Güterrecht nicht zur öffentlichen Kunde brachten). Ebenso umgekehrt; wenn Ehegatten von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft gilt, an einen Ort ziehen, wo sie gilt, und hier der Mann Schulden macht: so haftet für diese Schulden nicht auch die Frau, eben weil das Verhältniß, in welchem sie zu ihrem Manne steht, sie nicht dazu verpflichtet [275 a]).

---

275 a) Etwas anderes wäre es, wenn am neuen Wohnort die lex cogens bestände, daß, ohne alle Rücksicht auf das Güterverhältniß, in welchem die Gatten im Uebrigen unter sich stehen, aus Verkehrs-Rücksichten die Frau stets für die Schulden des Mannes mithaften müsse (vgl. auch §. 26. Nr. 1.).

II.

Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der Lex commissoria beim Pfandrechte.

Von

Hrn. Geh. Hofrath L. A. Warnkönig in Freiburg.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. III. im vorigen Hefte.)

---

§. 11. Untersuchung der Frage: ob für gewisse Schuldforderungen eine Verpfändung mit commissorischem Vertrage erlaubt sey.

Die Allgemeinheit des Verbotes der lex commissoria bei Verpfändungen haben schon die ältesten Ausleger ange-